

شرح الهداية

المسمى

غاية البيان نادرة الزمان في آخر الأوان

تصنيف

الإمام القاضي الفقيه الأصولي النظار أبي حنيفة

قوام الدين أمير كاتب بن أمير عمر الأتقاني الفارابي الحنفي

(ت ٧٥٨هـ)

تحقيق

مركز الدراسات والبحوث

بمؤسسة علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية

إشراف

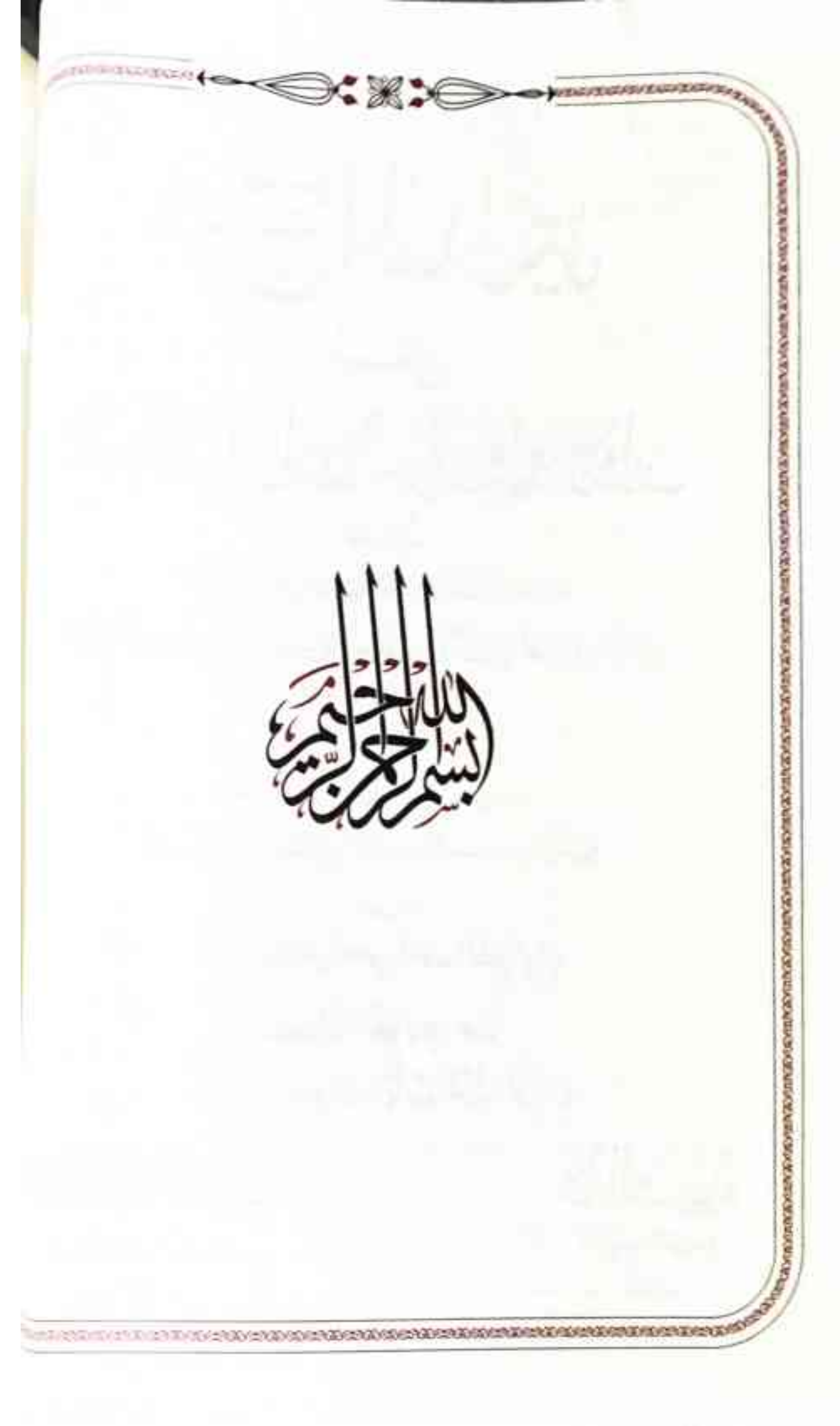
عبد العاطي محيي أحمد الشرقاوي

المجلد الحادي عشر

كتاب الحوالة - باب عزل الوكيل

علم لإحياء التراث والخدمات الرقمية
لندن - مصر

دار الضياء للنشر والتوزيع
الكويت


بسم الله الرحمن الرحيم

غاية البيان

قال بعضهم: تُوجِبُ البَرَاءَةَ عن المُطَالَبَةِ دونَ الدَّيْنِ.

وقال بعضهم: عن المُطَالَبَةِ والدَّيْنِ جميعًا.

وإنما اختلفوا؛ لأن محمدًا ذكَر مسائلَ تَدُلُّ على القولَيْنِ جميعًا.

أمَّا مَن قال: إنها تُوجِبُ البَراءةَ عن المُطَالَبةِ دونَ الدَّيْنِ؛ يَقُولُ: بأن المُحْتَالَ له متى أبرَأَ [٢/٢١٣ظ] المُحْتَالَ عليه عن الدَّيْنِ، فالمحتالُ عليه لا يَرْجِعُ على المُحِيلِ بشيءٍ وإنْ كانتِ الحَوَالَةُ بأمْرِ المُحِيلِ.

ولو وهبَ الدَّيْنَ مِن المُحْتَالِ عليه رَجَعَ إنْ لَمْ يَكُنْ للمُحِيلِ عليه دَيْنٌ، كالجوابِ في الكَفِيلِ، وكذا لو أبرَأَ المُحْتَالَ عليه لا يَرْتَدُّ بردِّه، ولو وهبَ يرتدُّ بردِّه كالجوابِ في الكَفِيلِ، ولو كان المتحوِّلُ إلى المُحْتَالِ عليه المُطَالَبَةُ والدَّيْنُ جميعًا؛ كان الإبراءُ والهِبَةُ في حقِّه سواءً [٥/٢٩٦ظ/م]، فيَرْتَدُّ بردِّه كما في حقِّ الأصيلِ.

والجامعُ بينَهما: أن الهِبَةَ والإبراءَ حينئذٍ تكونُ تمليكًا مِن وَجْهٍ لا إسقاطًا محضًا، **والدليلُ عليه:** لو قضَى[1] الطالبُ [١٠/١٣١و/د] الدَّيْنَ بنفسِه أُجْبِرَ على القبولِ، ولَمْ يُجْعَلْ مُتَبَرِّعًا، ولو بَرِئَ عن المُطَالَبَةِ والدَّيْنِ كان مُتَبَرِّعًا.

ومنها: أنه لو وَكَّلَ المُحْتَالُ له المُحِيلَ بقَبْضِ ما على المُحْتَالِ عليه؛ لا يَصِحُّ، ولو لم يَكُنِ الدَّيْنُ عليه؛ صحَّ.

وأَمَّا مَن قال: تُوجِبُ البَرَاءَةَ عن المُطَالَبَةِ والدَّيْنِ جميعًا؛ يَقُولُ: إنَّا أجمَعْنا أن المُحْتَالَ له لو أبرَأَ المُحْتَالَ عليه عن دَيْنِ الحَوَالَةِ، أوْ وهبَ منه؛ صحَّ، ولو أبرَأَ المُحِيلَ أوْ وهبَ منه؛ لَمْ يَصِحَّ، ولو بَقِيَ الدَّيْنُ على المُحِيلِ صحَّ.

---

(١) أي: المُحِيل. كذا جاء في حاشية: «م».

وَهِيَ جَائِزَةٌ بِالدُّيُونِ قال ﷺ: «مَنْ أُحِيلَ عَلَىٰ مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ»، وَلِأَنَّهُ اِلْتَزَمَ مَا يَقْدِرُ عَلَىٰ تَسْلِيمِهِ فَتَصِحُّ كَالْكَفَالَةِ، وَإِنَّمَا اِخْتُصَّتْ بِالدُّيُونِ ؛ لِأَنَّهَا تُنْبِئُ عَنْ النَّقْلِ وَالتَّحْوِيلِ، وَالتَّحْوِيلُ فِي الدَّيْنِ لَا فِي الْعَيْنِ.

غاية البيان

فالحاصلُ: أن الحَوَالةَ إبراءٌ لفظًا ؛ لكونِها نقْلًا مطلقًا، تأجِيلٌ مَعْنًى ؛ لأنه إذا تَوِيَ ما في ذِمَّةِ المُحْتَالِ عليه عاد الدَّيْنُ إلىٰ ذِمَّةِ المُحِيلِ، وهذا هو معنَىٰ التَّأْجِيلِ، فوَجَب أنْ يَبْرَأَ عن المُطَالَبةِ دونَ الدَّيْنِ، والعملُ بحقيقةِ اللفظِ والمعنَىٰ مُتَعَذِّرٌ في كلِّ حُكْمٍ ؛ لتنافي بينَهما، فاعتَبَر محمدٌ ﷺ الحقيقةَ في بعضِ الأحكامِ، فجعلَها إبراءً، واعتبَر المعنَىٰ في بعضِ الأحكَامِ وجعلَها تأجيلًا ؛ لِيَكُونَ عملًا بهما بقَدْرِ الإمكانِ. كذا ذكَر الشيخُ أبو الْمُعِينِ وغيرُه في «شروح الجامع الكبير».

قولُه: (وهِيَ جائِزَةٌ بِالدُّيُونِ)، [أي][1] قال القُدُورِيُّ في «مختصره»: «الحَوَالَةُ جائزةٌ بالديونِ»[2]، وذلك لأن الحَوَالةَ مأخوذةٌ مِن التحويلِ، وتحويلُ الدَّيْنِ مِن ذِمَّةٍ إلىٰ ذِمَّةٍ مُمْكِنٌ، فأَمَّا الأعيانُ [١٠/١٣١ظ/د]: فالحقُّ المتعلِّقُ بها التَّسْلِيمُ، وذلك لا يُمْكِنُ تحويلُه إلىٰ غيرِه، فلِهذا لَمْ تَصِحَّ الحَوَالَةُ فيها، وصَحَّتْ [في الدُّيُونِ][3]. هكذا قال الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرحه».

وتحقيقُه: أن الدَّيْنَ يَثْبُتُ بالوصفِ، كما إذا قال: لفلانٍ عَلَيَّ ألفٌ، فجاز أنْ يَقْبَلَ النقلَ بالوصفِ أيضًا.

وَلَا يُقَالُ: الدَّيْنُ وصْفٌ ثابتٌ في الذِّمَّةِ، وهو عرَضٌ، فكيف يَقْبَلُ النقلَ ؟!

لِأَنَّا نَقُولُ: الأحكامُ الشرعيَّةُ لها حُكْمُ الجواهرِ ؛ لأن الشَّرْعَ يحْكُمُ ببقائِها

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٠].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ». وأشار إليها في حاشية: «ن»، و«ض».

قَالَ: وَتَصِحُّ بِرِضَا الْمُحِيلِ، وَالْمُحْتَالِ، وَالْمُحْتَالِ عَلَيْهِ؛ أَمَّا الْمُحْتَالُ

بعدَ المباشَرَةِ، ولأن العينَ لا تَثْبُتُ في الذِّمَّةِ، فلا يَتَأتَّى نقلُها مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ، فلَمْ تَصِحَّ الحَوَالَةُ في العينِ.

والدليلُ على جوازِ الحَوَالةِ: قولُه ﷺ: «مَنْ أُحِيلَ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتَّبِعْ»[1].

وروَى أبو داودَ في «السنن» وقال [٥/٢٩٧و/م]: حَدَّثَنَا الْقَعْنَبِيُّ، عَنْ مَالِكٍ، عَنْ أَبِي الزِّنَادِ[2] عَنِ الْأَعْرَجِ، عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قال: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيٍّ فَلْيَتْبَعْ»[3].

قال أبو عيسى التِّرْمِذِيُّ في «جامعه» ـ بعدَ أنْ روَى هذا الحديثَ بإسنادِه إلى أبي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ـ ﷺ ـ: «حديثُ أبي هُرَيْرَةَ [حديثٌ][4] حسنٌ صحيحٌ، ومعناه: أنه إذا أُحِيلَ على مَلِيٍّ فلْيَحْتَلْ». إلى هنا لفْظُه، ولأنه قادرٌ على إيفاءِ ما التزمه، فجاز كالكفالةِ، وهذا لأن كلَّ واحدٍ مِن الكَفَالَةِ والحَوَالَةِ التزامٌ بما على الأصيلِ.

قولُه: (قَالَ: وَتَصِحُّ بِرِضَا الْمُحِيلِ، وَالْمُحْتَالِ، وَالْمُحْتَالِ عَلَيْهِ)، أي: قال

---

(١) أخرجه: أبو يعلى في «مسنده» [١٧٢/١١]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [٢٦٢/٨]، وأبو نعيم الأصبهاني في «المستخرج على الجامع الصحيح للبخاري» [ق٤٢/أ/ مخطوط مكتبة عبد القادر الشهير بأمير خواجة الإسكداري ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥)]، من حديث أبي هريرة ﷺ بهذا اللفظ. وأصلُ الحديث في الصحيحين كما يأتي في الذي بعده.

(٢) وقع بالأصل: «أبي الزيادة». والمثبت من: «م»، و«تح»، و«ض».

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الحوالات/ باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة [رقم/ ٢١٦٦]، ومسلم في كتاب البيوع/ باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على مَلِيٍّ [رقم/ ١٥٦٤]، وأبو داود في كتاب البيوع/ باب في المطل [رقم/ ٣٣٤٥]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب ما جاء في مطل الغني أنه ظلم [رقم/ ١٣٠٩]، والنسائي في كتاب البيوع/ الحوالة [رقم/ ٤٦٩١]، من حديث أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ به.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

فَلِأَنَّ الدَّينَ حَقُّهُ وَهُوَ الَّذِي يَنْتَقِلُ بِهَا وَالذِّمَمُ مُتَفَاوِتَةٌ فَلَا بُدَّ مِنْ رِضَاهُ، وَأَمَّا

القُدُورِيُّ في «**مختصره**»[1]: وتصحُّ الحَوَالَةُ برِضَا هذه الثلاثةِ.

أمّا رضا المُحْتَالِ له: فلأنَّ الدَّيْنَ حقُّه، وبالحوالةِ [٢/٢١٤و] ينتقِلُ الدَّيْنُ أو المُطَالَبَةُ إلى ذِمَّةٍ أخرى على اختلافِ المشايخ[2]، والذِّمَمُ مُتَفاوِتَةٌ في المُطَالَبَةِ، فلا بُدَّ مِن رضا مَن له الحقُّ ـ وهو المُحْتَالُ له ـ فلَمْ تصحَّ الحَوَالَةُ إلا برضاه.

ولهذا المعنى اعْتُبِرَ رضا المُحِيلِ أيضًا، ولَمْ يشترِطْ في «**الزيادات**» رضا المُحِيلِ؛ لأنه لا ضرَر عليه، بل له نفْعٌ؛ لأن المُحْتَالَ عليه إذا [١٠/١٣٢و/د] أدَّى الدَّيْنَ لا يَرْجِعُ على المُحِيلِ إذا لَمْ تَكُنِ الحَوَالَةُ بأمْرِ [١٠/١٣٢ظ/د] المُحِيلِ، فكان نفعًا محضًا.

وأمّا رضا المُحْتَالِ عليه: فهو شرْطٌ عندَنا[3].

وقال الشَّافعيُّ ﷺ: إنْ كان على المُحْتَالِ عليه دَيْنٌ، فَرِضاه ليس بشَرْطٍ[4]. واختارَه الْجُرْجَانِيُّ[5] مِن أصحابِنا. كذا في «**مختصر الأسرار**».

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٠].

(٢) قال ابن عابدين: أن الشرط قبول المحتال في المجلس ورضا المحال عليه ولو غائبًا، وهو ما لخصه في النهر كما مر، وظاهره أن خلاف أبي يوسف في المحتال فقط، فعنده لا تشترط حضرته بل يكفي رضاه كالمحال عليه، وأنه لا خلاف في المحال عليه في أن حضرته غير شرط، وبه ظهر أنه لا يصح التوفيق بحمل ما في «الدرر» وغيرها على قول أبي يوسف الذي هو خلاف الصحيح، بل هو محمول على قولهما المصحح فافهم. ينظر: «درر الحكام» [٢/ ٣٠٨]، «رد المحتار» [٥/ ٣٤٢].

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/ ١٦]، «الاختيار» [٣/ ٤]، «تبيين الحقائق» [٤/ ١٧١]، «الدر المختار» [٥/ ٣٤١].

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٦/ ٤١٨]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/ ١٤٤]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/ ١٦٢].

(٥) هو: مُحَمَّد بن يحيى بن مهدي أبو عبد الله الجُرْجَانيُّ الفَقيه أحد الأعْلام. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ فَلِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ الدَّيْنُ وَلَا لُزُومَ بِدُونِ الْتِزَامِهِ، وَأَمَّا الْمُحِيلُ فَالْحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ ذَكَرَهُ فِي الزِّيَادَاتِ؛ لِأَنَّ الْتِزَامَ الدَّيْنِ مِنَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ تَصَرُّفٌ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَهُوَ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ بَلْ فِيهِ نَفْعُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِأَمْرِهِ.

غاية البيان

وذلك لأن بالحَوالةِ ينتقِلُ الدَّيْنُ أوِ المُطالَبَةُ بالدَّيْنِ إلىٰ ذِمَّةِ المُحْتالِ عليه، فلَمْ تَجُزِ الحَوالَةُ بدونِ رضاه، كما لو لم يَكُنْ عليه دَيْنٌ، ولأنه نوعُ ضَمانٍ، فلا يَصِحُّ إلا برضَا الضامنِ؛ كما في الكَفَالةِ.

وَلَا يُقَالُ: صاحبُ الحقِّ يَسْتَوْفي حقَّه بنفسِه وبغيرِه، كما يَسْتَوْفي بوكيلِه، فكذا هنا له أنْ يَسْتَوْفِيَه بالمحتالِ له.

لِأَنَّا نَقُولُ: مُوجِبُ المُطالَبَةِ التي اقتضاها المُدَاينةُ لا يَتَغَيَّرُ في الأصلِ، لأن مَن عليه الدَّيْنُ إنْ شاء سَلَّم إلىٰ الوَكِيلِ، وإنْ شاء سَلَّم إلىٰ المُوَكِّلِ، وفي الفرعِ يَتَغَيَّرُ؛ لأن الدَّيْنَ يَنْتَقِلُ مِن ذِمَّةٍ إلىٰ ذِمَّةٍ، ويَنْتَقِلُ المِلْكُ في الدَّيْنِ إلىٰ المُحْتَالِ له، وتَكُونُ المُطَالَبَةُ له خاصَّةً، وقد [٥/٢٩٧ظ/م] يَكُونُ المُحْتَالُ له أصعبَ[1] مِن المُحِيلِ في المُطالَبةِ، فيَسْتَضِرُّ به المَدْيُونُ، فلذلك لم تَجُزِ الحَوالَةُ بلا رضا المُحْتَالِ عليه.

قولُه: (وَأَمَّا الْمُحِيلُ فَالْحَوَالَةُ تَصِحُّ بِدُونِ رِضَاهُ)، ذكره في «**الزيادات**».

وفائدةُ شرطِ رضاه: تَظْهَرُ في الرُّجُوعِ علىٰ المُحِيلِ إذا كانتِ الحَوالَةُ بأمرِ المُحِيلِ إذا لم يَكُنْ له علىٰ المُحْتَالِ عليه دَيْنٌ، فإذا كان له عليه دَيْنٌ؛ لا يَرْجِعُ المُحْتَالُ عليه بما أدَّىٰ، بل يَتَقَاصَّانِ.

قولُه: (وَهُوَ لَا يَتَضَرَّرُ بِهِ)، أي: المُحِيلُ لا يتضرَّرُ بتصرُّفِ المُحْتَالِ عليه في حقِّ نفسِه.

(١) في «غ»: «أضعف».

قَالَ: وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ؛ بَرِئَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ بِالْقَبُولِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ؛ بَرِئَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ بِالْقَبُولِ)، أي: قال **القُدُورِيُّ في «مختصره»**[1].

اعلم: أن الحَوَالةَ إذا تَمَّتْ بقبولِ المُحْتَالِ له والمُحْتَالِ عليه؛ بَرِئَ المُحِيلُ، ولا يَرْجِعُ الطالبُ بالدَّيْنِ عليه أبدًا إلا بالتَّوَىٰ[2].

وقال زُفَرُ والقاسمُ بنُ مَعْنٍ[3]: لا تُوجِبُ الحَوَالَةُ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ[4]. ذكَرَ قولَ القاسمِ هكذا: فخرُ الإسلامِ في «**شرح الزيادات**».

وجملةُ القولِ هنا: ما قال في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**»: «إن الحَوَالةَ مُبَرِّئَةٌ، والكَفَالةَ غيرُ مُبَرِّئَةٍ، والطالبُ بِالخِيارِ: إنْ شاء طلبَ حقَّه مِن الأَصِيلِ، وإنْ شاء مِن الكَفِيلِ إلا أنْ تَكُونَ الكَفَالَةُ بشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ، فتكُونُ حَوَالَةً.

وعندَ زُفَرَ: الحَوَالَةُ والكَفَالَةُ سواءٌ، وكلُّ واحدةٍ منهما غيرُ مُبَرِّئَةٍ للأصيلِ، لأن كلَّ واحدٍ منهما: تحَمُّلُ الضَّمانِ عن الغيرِ، فإنما يَصِحُّ التحمُّلُ إذا كان الأَصِيلُ ضَمِينًا.

وقال مالكٌ: الكَفَالَةُ والحَوَالَةُ سواءٌ، وكلاهما مُبَرِّئَةٌ للأصيلِ[5]، وللطالبِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٠].

(٢) التَّوَىٰ ـ مقصور ـ: هلاكُ المال. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٣) القَاسِم بن مَعْن: هو ابن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود أبو عبد الله الْهُذَلِيُّ الْكُوفِي، ولِيَ الْقَضَاءَ بالكوفة بعد شريك بن عبد الله، وهو أحد مَن قال له أبو حنيفة في نفَرٍ: «أنتم مَسَارُّ قلبي، وجَلاءُ حزني». وكان رجلًا نبيلًا قاضيًا بالكوفة لا يأخذ أجرًا. (توفي سنة: ١٧٥هـ). ينظر: «تاريخ الإسلام» للذهبي [٤/ ٧٠٨]، و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/ ٤١٢].

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/ ٢٤٧]، «الاختيار» [٣/ ٤]، «تبيين الحقائق» [٤/ ١٧١]، «الجوهرة النيرة» [١/ ٣١٧].

(٥) ينظر: «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٧/ ٢٨]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٦/ ١٩].

وَقَالَ زُفَرُ: لَا يَبْرَأُ؛ اعْتِبَارًا بِالْكَفَالَةِ، إِذْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَقْدُ تَوَثُّقٍ، وَلَنَا: أَنَّ الْحَوَالَةَ لِلنَّقْلِ لُغَةً، وَمِنْهُ حَوَالَةُ الْغِرَاسِ وَالدَّيْنُ مَتَى انْتَقَلَ عَنِ الذِّمَّةِ لَا يَبْقَى فِيهَا. أما الكفالةُ فللضَّمِّ وَالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى وِفَاقِ الْمَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ وَالتَّوَثُّقِ بِاخْتِيَارِ الْأَمْلَإِ وَالْأَحْسَنِ فِي الْقَضَاءِ، ....

غاية البيان

أن يَأخُذَ حقَّه مِن الضمينِ خاصَّةً؛ لأن الحقَّ واحدٌ، وإنْ لَمْ يُجْعَلِ الْأَصِيلُ بريئًا صار حقَّيْنِ.

إلا أن علماءَنا [١٠/١٣٣و/د] **فرَّقُوا بينَ الحَوالَةِ والكَفَالَةِ، فقالوا:** الحَوَالَةُ مُبَرِّئَةٌ؛ لأنها مشتقَّةٌ مِنَ التحويلِ، والحقُّ متَى تحوَّل مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ بقِيَتْ ذِمَّةُ الأوَّلِ[1] فارغةً؛ لأنك إذا حوَّلْتَ الشيءَ مِن موضعٍ إلى موضعٍ؛ بَقِيَ مكانُ الأوَّلِ فارغًا لا محالةَ، والكَفَالَةُ غيرُ مُبَرِّئَةٍ؛ لأنها مشتَقَّةٌ مِن الكَفْلِ[2]، وهو ضَمُّ الشيءِ إلى الشيءِ، وضَمُّ الشيءِ إلى الشيءِ لا يُوجِبُ فراغَ الأوَّلِ إلا أنْ يَكُونَ بشَرْطِ بَرَاءَةِ الأَصِيلِ، فتَصِيرُ حَوَالَةً؛ لأنها [٢/٢١٤ظ] في معنَى الحَوَالَةِ»[3]. إلى هنا لفظُ الإمامِ الأَسْبِيجَابِيِّ ﷺ في «شرح [٥/٢٩٨و/م] **الطَّحَاوِيِّ**».

قولُه: (وَالْأَحْكَامِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى وِفَاقِ الْمَعَانِي اللُّغَوِيَّةِ)، **يعني:** أن العملَ بمعاني اللغاتِ واجبٌ في الأحكامِ الشرعيَّةِ، فلَمَّا كان كذلك قلنا: إن الكَفَالَةَ هي الضمُّ لغةً، وهو لا يَقْتَضِي البَراءَةَ، والحَوَالَةُ: النقْلُ، وهو يَقْتَضِي البَرَاءَةَ.

قولُه: (وَالتَّوَثُّقِ بِاخْتِيَارِ الْأَمْلَإِ وَالْأَحْسَنِ فِي الْقَضَاءِ)، **جوابٌ عن قولِ زُفَرَ:** «إن الحَوَالَةَ ليست بمبَرِّئَةٍ؛ لأنها للتوَثُّقِ كالكفالةِ».

---

(١) في «غ»: «ذِمَّةُ الأول».

(٢) في «ن»: «الكفيل». وأشار في الحاشية: إلى أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «الكفْل».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/ ٢٥٤].

وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ إِذَا نَقَدَ الْمُحِيلُ؛ لِأَنَّهُ يُحْتَمَلُ عَوْدُ الْمُطَالَبَةِ إِلَيْهِ بِالتَّوَى فَلَمْ يَكُنْ مُتَبَرِّعًا.

قال: وَلَمْ يَرْجِعِ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا أَنْ يَتْوَى حَقُّهُ.

غاية البيان

[فقال: إنما التوثُّق][1] لاختيارِ الأمْلَإ والأحسنِ في القضاءِ، حتَّى لا يُماطِلَ في قضاءِ الدَّيْنِ ويُؤَدِّيه أجودَ وأرْجَحَ مما كان، وهذا لا يَدُلُّ على أن الحَوالَةَ ليست بمُبْرِئَةٍ.

قولُه: (وَإِنَّمَا يُجْبَرُ عَلَى الْقَبُولِ إِذَا نَقَدَ الْمُحِيلُ).

ومعنى الجَبْرِ: أنْ يُنَزَّلَ منزلةَ [١٠/١٣٣ظ/د] القابضِ بالتخْليةِ بينَ المُحْتَالِ له والمنقودِ.

وهذا جوابُ سؤالٍ بأنْ يُقَالَ: لا نُسَلِّمُ أن المُحِيلَ يَبْرأُ بالحَوالَةِ، فلو بَرِئَ لَمْ يُجْبَرِ المُحْتَالُ له على القبولِ إذا نَقَدَ المُحِيلَ؛ لأنه حينَئِذٍ يكونُ متبرِّعًا في قضاءِ الدَّيْنِ، والمتبرِّعُ لو قضَى دَيْنَ غيرِه لا يُجْبَرُ الدائنُ على القَبُولِ.

فأجاب وقال: إنما يُجْبَرُ؛ لأن الدَّيْنَ يَحْتَمِلُ العَوْدَ إليه بالتَّوَى؛ لأنه إنما انتقَلَ إلى ذِمَّةٍ أخرى بشَرْطِ السَّلَامةِ، فإذا تَوِيَ يَرْجِعُ، فلَمْ يَكُنِ المُحِيلُ مُتبرِّعًا في القضاءِ.

قولُه: (وَلَمْ يَرْجِعِ الْمُحْتَالُ عَلَى الْمُحِيلِ إِلَّا أَنْ يَتْوَى حَقُّهُ)، عطْفٌ على قوله: (بَرِئَ الْمُحِيلُ) في قولِه: (وَإِذَا تَمَّتِ الْحَوَالَةُ بَرِئَ الْمُحِيلُ مِنَ الدَّيْنِ).

قال في «شرح الأقطع»: «قال الشَّافعيُّ ﵀: لا يَرْجِعُ المُحْتَالُ بدَيْنِه عندَ التَّوَى، فإنْ أحالَه عليه بشَرْطِ المَلَاءَةِ[2]، فبانَ أنه غيرُ مَلِيءٍ؛ ففيه وجهان: الصحيحُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

(٢) المَلَاءَةُ: مصدر مَلُؤَ مَلَاءةً، وهو أَمْلأُ منه، على أفعل التفضيل. ومنه: المَلِيءُ، وهو الغنيُّ المقتدر. =

غاية البيان

أنْ يَرْجِعَ[١]»[٢].

وقال في «مختصر الأسرار»: «إذا مات المُحْتَالُ عليه مُفْلِسًا؛ رَجَعَ المُحْتَالُ له عليه بالدَّيْنِ. وقالا: لا يَرْجِعُ، وهو قولُ الشَّافعيِّ[٣]، وأمَّا إذا جحَد وحلَفَ: ففيه روايتان». يَعْنِي: عن الشَّافعيِّ ﷺ[٤]. وقد ذكَر خلافَهما كما تَرَىٰ، ولم يذْكُرْه في سائرِ الكتبِ، بل ذكَرُوا قولَهما كقولِ أبي حنيفةَ.

ولهذا قال علاءُ الدِّينِ العالمُ وغيرُه في «طريقة الخلاف» وغيرِها: «قال علماؤُنا ﷺ: المُحْتَالُ عليه إذا مات [١٠/١٣٤و/د] مُفْلِسًا يَثْبُتُ للمُحْتالِ له ولايةُ مطالبةِ [٥/٢٩٨ظ/م] المُحِيلِ بقضاءِ دَيْنِه، وقال الشَّافعيُّ: لا يَثْبُتُ.

وعلى هذا الخلافِ: إذا جحَد المُحْتَالُ عليه الحَوَالَةَ، وحلَف، ولم يَكُنْ للمُحْتالِ له بَيِّنَةٌ، وإنما اختَرْنا الكلامَ في هذا الحُكْمِ؛ لاختلافِ عباراتِ المشايخ في عَوْدِ الدَّيْنِ والإعادةِ إلى ذِمَّةِ المُحِيلِ.

قال بعضُهم: تُفْسَخُ الحَوَالَةُ ويُعادُ الدَّيْنُ، كَالمُشْتَرِي إذا وجدَ بالمبيعِ عيبًا.

= ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/٢٧٢].

(١) بل الذي صحَّحه البغوي والنوويُّ وغيرهما: أنه لا يرجع. ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/١٦٣]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [١٠/٣٤٤]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٢٣٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٧٧].

(٣) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٦/٤٢١]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٥/١٣٢]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٤/٤٧٥ ـ ٤٧٦].

(٤) لَمْ نجد إلا رواية واحدة عن الشافعي، وهو عدم الرجوع في الجحود والحلف. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [٤/٢٣٢]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣/٢٢٣]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/١٦٣].

....

غاية البيان

وقال بعضُهم: تَنْفَسِخُ الحَوَالَةُ ويَعُودُ الدَّيْنُ، كالمبيعِ إذا هلكَ قبلَ القَبْضِ.

وقال بعضُهم: في الموتِ عن إفلاسٍ: يَنْفَسِخُ ويَعُودُ، وفي الجحودِ: يُفْسَخُ ويُعادُ. فاختَرْنا الكلامَ في ولايةِ مطالبةِ المُحِيلِ بقضاءِ الدَّيْنِ لأنه الحاصلُ من الخلافِ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ العالمِ في «طريقة الخلاف».

وَجْهُ قولِ الشَّافعيِّ: أن البَرَاءَةَ حصلتْ مُطْلَقَةً عن قَيْدِ الرُّجُوعِ علىٰ المُحِيلِ عندَ التَّوَىٰ مِن غيرِ عِوَضٍ، فلا يَعُودُ إلىٰ ذِمَّةِ المُحِيلِ بالتَّوَىٰ؛ لأنَ الغرضَ مِن الحَوَالَةِ في جانبِ المُحِيلِ: فراغُ ذِمَّتِه عن شُغلِ الدَّيْنِ، فإذا حَصَلَ فراغُ ذِمَّتِه بالنقلِ إلىٰ ذِمَّةٍ أخرىٰ؛ لا يَعُودُ إلىٰ ذِمَّةِ الأوَّلِ إلا بسببٍ جديدٍ، بخلافِ ما لو صالَح علىٰ عينٍ فهلكَتْ قبلَ التَّسْليمِ؛ يَعُودُ الدَّيْنُ؛ لأن البراءةَ ما ثبتَتْ مُطْلَقَةً، بل بعِوَضٍ، فإذا لم يَسْلَمْ له العِوَضُ؛ يَعُودُ.

ولنا: ما رَوَىٰ أصحابُنا في كُتُبِهم كـ«الأسرار» [١٠/١٣٤هـ/د] [٢/٢١٥/ر] وغيرِه عن عُثْمَانَ بنِ عَفَّانَ ﷺ أنه قال: «إِذَا تَوِيَ الْمَالُ عَلَى الْمُحَالِ عَلَيْهِ؛ عَادَ الدَّيْنُ عَلَىٰ الْمُحِيلِ كَمَا كَانَ، وَلَا تَوَىٰ عَلَىٰ مَالِ مُسْلِمٍ»[2].

وذكَر محمدٌ في «الأصل»: عن شُرَيْحٍ مِثْلَ ذلك[3]. ولم يُعْرَف [له][4] مخالفٌ، فحلَّ محلَّ الإجماعِ، ولأن البَرَاءةَ بطريقِ الانتقالِ؛ ليحصُلَ الاسْتيفَاءُ، لا بطريقِ الإِسْقَاطِ، وهذا لأنَ المَقْصُودَ مِن الحَوَالَةِ: التوصُّلُ إلىٰ الاسْتيفَاءِ، لا

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/ ٤٢٥].

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٠٧٢٤]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/ ١١٧]، عَنْ عُثْمَانَ ﷺ به مختصرًا بالفقرة الأخيرة منه فقط، وهي: أنه قال في الْحَوَالَةِ: «يَرْجِعُ، لَيْسَ عَلَى مُسْلِمٍ تَوًى».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/ ٤٤٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

. . . .

مجرَّدَ النقلِ مِن ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ، لأن الذِّمَمَ لا تتفاوتُ في حقِّ نفسِ الوُجُوبِ، فإنَّ الوُجُوبَ كان ثابتًا في ذِمَّةِ المُحِيلِ، وإنما تَفْتَرِقُ الذِّمَمُ في حقِّ الأداءِ، فربما تَكُونُ الذِّمَّةُ الثانيةُ أسرعَ إلى الأداءِ.

فلَمَّا كان المَقْصُودُ التوصُّلَ [٥/٢٩٩و/م] إلى الإسْتِيفَاءِ، وفات ذلك ثَبَتَ للمُحْتَالِ له ولايةُ مطالبةِ المُحِيلِ بقضاءِ دَيْنِه بعَوْدِ الدَّيْنِ[1]، أوْ بالإعادةِ مِن غيرِ تعْيينِ الطريقِ؛ قياسًا على المُشْتَرِي إذا وجدَ بِالمبيعِ عيبًا، أوْ مات المَبِيعُ قبلَ القَبْضِ.

فلو لَمْ يَثْبُتْ له حقُّ مطالبةِ المُحِيلِ بقضاءِ الدَّيْنِ؛ لفات حقُّه بلا رضاه؛ لأنه ما رَضِيَ بقبولِ الحَوَالَةِ إلا لهذا الغرضِ، فإذا فات هذا الغرضُ ولم يَثْبُتْ له حقُّ مطالبةِ المُحِيلِ بقضاءِ الدَّيْنِ - إمَّا بفَسْخِ الحَوَالَةِ، أوْ بالانفساخِ - يُؤدِّي إلى الإضرارِ به، أوْ تفويتُ عصمةِ حقِّه، فلا يَجُوزُ ذلك.

قالوا: مَعْنًى تَسْقُطُ [١٠/١٣٥و/د] به المُطَالَبَةُ بالدَّيْنِ ويبدلِه عن مَلِيٍّ مكلَّفٍ، فوَجَبَ ألَّا يَعُودَ بالتعذُّرِ، كالإبراءِ.

قُلنا: لَا نُسَلِّمُ أن القياسَ صحيحٌ؛ لأن في الأصلِ أسقطَ حقَّه مِن غيرِ عِوَضٍ، فإذا تَمَّ الإِسْقَاطُ لَمْ يَعُدِ الدَّيْنُ، وفي الفرعِ أسقطَ حقَّه بعِوَضٍ ابتغاه، فإذا لَمْ يَسْلَمِ العِوَضُ رَجَعَ في الدَّيْنِ.

ويَنْتَقِضُ ما قالوا بما لو استأجَر منه دارًا بدَيْنِه، ثم هلكتِ الدَّارُ، وبما لو صالَح أجنبيًّا على مالٍ، فإن المُطَالَبَةَ تَسْقُطُ بالدَّيْنِ وبدَله، ثم لو استُحِقَّ المصالَحُ عليه مِن يدِ المُدَّعِي؛ رَجَعَ بالدَّعوى، والمعنَى في الأصلِ: أنه بَرَاءَةُ إسقاطٍ لا بَرَاءَةُ نقْلٍ، بخلافِ الفرعِ، فافترقا.

---

(١) وقع بالأصل: «يعود الدَّيْن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

قالوا: لو مات المُحِيلُ والمحالُ عليه مُفْلِسَيْنِ لا يَرْجِعُ، فكذا فيما نحن فيه.

قلنا: لَا نُسَلِّمُ، بل يَثْبُتُ له الرُّجُوعُ إلا أنه سقطَتِ المُطَالَبَةُ به، ولهذا كلَّما ظهرَ لأحدِهما مالٌ أخذه، كما في الكَفِيلِ والمكفولِ عنه إذا ماتا مُفْلِسَيْنِ تَبطُلُ الكَفَالَةُ، ثم لا يَدُلُّ على أن المُطَالبةَ لا تَثْبُتُ حالَ حياةِ المكفولِ عنه.

قالوا: مالُ الحَوَالةِ جُعِلَ كالمقبوضِ؛ لأنه لو لم يَكُنْ كالمقبوضِ لأدَّىٰ إلىٰ الافتراقِ عن دَيْنٍ بِدَيْنٍ، ولأنه تَجُوزُ الحَوَالَةُ برأسِ مالِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ، ولولا أنه كالمقبوضِ لَمْ تَجُزِ الحَوَالَةُ، فإذا مات المُحِيلُ مُفْلِسًا لا يَكُونَ المُحْتَالُ له أُسْوَةً للغُرماءِ، فإذا [١٠/١٣٥ظ/د] كان كالمقبوضِ لا يَرْجِعُ.

قلنا: ليس كالمقبوضِ، إذْ لو كان كالمقبوضِ لجاز للمُحْتالِ له أنْ يَشْتَرِيَ به شيئًا مِن غيرِ المُحْتَالِ عليه، كما [٥/٢٩٩ظ/م] يَجُوزُ أنْ يَشْتَرِيَ مِن المُحْتَالِ عليه، فلَمَّا لَمْ يَجُزْ دلَّ علىٰ أنه ليس كالمقبوضِ.

وقولُهم: لو لَمْ يَكُنْ كالمقبوضِ صار دَيْنًا بِدَيْنٍ؛ لا يَصِحُّ؛ لأنه إنما يُؤدِّي إلىٰ ما قالوا إذا كان القصدُ منه المُعَاوضةُ، فأمَّا إذا لَمْ يَكُنِ القصدُ المُعَاوضَةَ لا يُؤدِّي إليه كالقَرْضِ.

وأمَّا الصَّرْفُ والسَّلَمُ فحُجَّةٌ لنا؛ لأنه لو كان كالمقبوضِ لجاز أنْ يَفْتَرِقا عن المجلسِ، فإنه لو أحال ببدلِ الصَّرْفِ أوْ برأسِ مالِ السَّلَمِ فافترقا مِن غيرِ قَبْضٍ؛ يَفْسُدُ العَقْدُ، ولو كانت الحَوَالةُ قبضًا لكان هذا افتراقًا بعدَ القَبْضِ، ولا يَفْسُدُ العَقْدُ حينئِذٍ.

فأمَّا إذا مات المُحِيلُ ولا مالَ له سوىٰ ما علىٰ المُحْتَالِ عليه، فإن المُحْتَالَ له لا يَصِيرُ أُسْوةً للغرماءِ، فلَا نُسَلِّمُ ذلك.

وَقَالَ الشَّافِعِي: لَا يَرْجِعُ وَإِنْ توي ؛ لِأَنَّ الْبَرَاءَةَ حَصَلَتْ مُطْلَقَةً فَلَا تَعُودُ إِلَّا بِسَبَبٍ جَدِيدٍ. ولنا: أنها [٤٠/ظ] مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ له إِذْ هُوَ الْمَقْصُودُ، أو يَفْسَخُ الحَوَالَةَ لِفَوَاتِهِ ؛ لأنه قَابِلٌ لِلْفَسْخِ ....

غاية البيان

ألا ترىٰ إلىٰ ما قال في «الجامع الكبير»[(١)]: ولو أن المُحَالَ له أَخَّرَ الحَوِيلَ[(٢)] سنَةً [٢/٢١٥ظ]، ثم مات المُحِيلُ وعليه دَيْنٌ آخرُ سِوىٰ دَيْنِ المُحَالِ له ؛ يُقْسَمُ دَيْنُه علىٰ الحَوِيلِ بينَ المُحَالِ له وبينَ الغرماءِ بالحِصَصِ ؛ لأن هذا مالُ المُحِيلِ، ولَمْ يَصِرْ بالحَوَالَةِ مِلكًا للمُحالِ له ؛ لأن تمليكَ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليه الدَّيْنُ لا يُتصَوَّر، لكن تعلَّقَ به حقُّ المُحَالِ، ولهذا لا يَصِيرُ المُحَالُ له أخصَّ به ما لَمْ تَثْبُتِ اليدُ ؛ بدليلِ أن العبدَ المَأْذُونَ إذا كان عليه دَيْنٌ ؛ يَتَعَلَّقُ حقُّ صاحبِ الدَّيْنِ برقبتِه وكَسْبِه، ثم لو وجَب بعدَ ذلك دَيْنٌ آخرُ كان [١٠/١٣٦و/د] رقبتُه وكَسْبُه بينَ الكُلِّ بالحِصَصِ، والباقِي يُعْرَفُ في «طريقة الخلاف»[(٣)].

قولُه: (مُقَيَّدَةٌ بِسَلَامَةِ حَقِّهِ)، يعني: أن البَرَاءَةَ وإنْ كانت مُطْلَقَةً لفظًا، مُقَيَّدَةٌ مَعْنًى ؛ بدلالةِ العادةِ بسلامةِ الحقِّ.

قولُه: (إِذْ هُوَ الْمَقْصُودُ)، أي: وصولُ الحقِّ إلىٰ المُحْتَالِ له سالمًا هو المَقْصُودُ مِن الحَوَالَةِ.

[قولُه][(٤)]: (لِفَوَاتِهِ)، أي: لفوَاتِ المَقْصُودِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ قَابِلٌ لِلْفَسْخِ)، أي: لأن عَقْدَ الحَوَالَةِ قابلٌ للفَسْخِ ؛ لأنهما لو

---

(١) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/ ٣٢٩].

(٢) الحَوِيلُ ـ كأمير ـ: هو المحتال القابل للحوالة ؛ قياسًا علىٰ كَفِيل وضَمِين. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/ ٢٣٥]. و«طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ١٤٣].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/ ٤٢٦ ـ ٤٢٧].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن» و«غ».

فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي الْمَبِيعِ.

قَالَ: وَالتَّوَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ: وَهُوَ إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا؛ لِأَنَّ الْعَجْزَ عَنِ الْوُصُولِ يَتَحَقَّقُ

غاية البيان

تفاسَخا عَقْدَ الحَوَالَةِ يَنْفَسِخُ، ولو لَمْ يَكُنْ قابلًا للفَسْخِ لَمَا انْفَسَخ.

قولُه: (فَصَارَ كَوَصْفِ السَّلَامَةِ فِي الْمَبِيعِ)، يعني: أن المُشْتَرِيَ إذا وجدَ بالمبيعِ عيبًا رَجَعَ بِنُقْصَانِ العَيْبِ وإنْ لَمْ يَشْتَرِطِ الرُّجُوعَ في البَيْعِ؛ لأن سلامةَ المبيعِ مَقْصُودٌ مُسْتَحَقٌّ بالبَيْعِ، فلَمَّا فات رَجَعَ، فكذلك هنا لَمَّا حَصَلَ التَّوَىٰ فات المَقْصُودُ، وهو سلامةُ الحقِّ[1]، فرجَعَ بالدَّيْنِ على المُحِيلِ.

قولُه: (قَالَ: وَالتَّوَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ أَحَدُ الْأَمْرَيْنِ: وَهُوَ [ه/٣٠٠و/م] إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ الْحَوَالَةَ وَيَحْلِفَ وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ عَلَيْهِ، أَوْ يَمُوتَ مُفْلِسًا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره».

وتمامُه فيه: «وقالا: هذان، ووَجْهٌ ثالثٌ، وهو أنْ يحْكُمَ الحاكمُ بإفلاسِه حالَ حياتِه»[2].

قال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ ﵀ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «التَّوَىٰ عندَ أبي حنيفة ﵀ على وجْهَيْنِ:

أحدُهما: أن يموتَ [١٠/١٣٦ظ/د] المُحْتَالُ عليه مُفْلِسًا، ولا يتركَ مالًا مُعَيَّنًا،

(١) وقع بالأصل: «سلامة المقصود». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٠]. قال في «التصحيح»: ومشى على قوله النسفي ورجح دليله. اهـ. قال الميداني: قال شيخنا: وظاهر كلامهم متوناً وشروحاً تصحيح قول الإمام، ولم أرَ من صحح قولهما. اهـ. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/١٨]، «العناية» [٧/٢٤٦]، «البحر الرائق» [٦/٢٧٢]، «مجمع الضمانات» [١/٢٨٢]، «التصحيح» [ص٢٨٢]، «رد المحتار» [٥/٣٤٢]، «اللباب» [٢/١٦١].

بِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا وَهُوَ التوىٰ فِي الْحَقِيقَةِ، وَقَالَا: هَذَانِ وَوَجْهٌ ثَالِثٌ، وَهُوَ أَنْ

غاية البيان

ولا دَيْنًا، ولا كَفِيلًا على المُحْتَالِ عليه للمُحْتَالِ له.

والثاني: أن يَجْحَدَ المُحْتَالُ عليه الحَوَالَةَ، ولَمْ يَكُنْ للمُحْتالِ له ولا للمُحِيلِ بَيِّنَةٌ، وحلفَ المُحْتَالُ عليه؛ فقد تَوِيَ وعاد المالُ إلى المُحِيلِ، ولا يَكُونُ التَّوىٰ عندَ أبي حنيفةَ غيرَ هذين الوجهين.

وعندهما: التَّوىٰ على ثلاثةِ أوجهٍ، وجهان ما ذَكَرْنا، ووَجْهٌ ثالثٌ، وهو أن يحْكُمَ الحاكمُ عليه بالإفلاسِ»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاويِّ**».

أمَّا إذا جحَد المالَ وحلَف ـ لأنه لا يَقْدِرُ على مطالبتِه بعدَ اليَمِينِ؛ لعدم البَيِّنَةِ ـ فقد تَوِيَ الحقُّ، وكذا إذا مات مُفْلِسًا؛ لأنه لم تَبْقَ ذِمَّةٌ يَتَعَلَّقُ بها الحقُّ، ولا تركةٌ، فسقَطَ الحقُّ عن المُحْتَالِ عليه، فثَبَتَ للمُحْتالِ له الرُّجُوعُ على المُحِيلِ؛ لأنَّ بَرَاءةَ المُحِيلِ كانت بَرَاءةَ نقْلٍ واسْتِيفَاءٍ، لا بَرَاءةَ إسقاطٍ، فلَمَّا تعذَّر الاسْتِيفاءُ؛ وجَبَ الرُّجوعُ.

وأمَّا تفليسُ القاضي بالشهودِ حالَ حياةِ المُحْتَالِ عليه: فذاك بناءٌ على أن تفليسَ القاضي هل يَصِحُّ أمْ لا؟ وأبو حنيفةَ لا يَرَىٰ ذلك وهما يَرَيان؛ لأنه عجز عن اسْتِيفَاءِ حقِّه، فصار كموتِ المُحْتَالِ عليه.

ولأبي حنيفةَ: أنه عجزٌ يُتَوَهَّمُ ارتفاعُه بحدوثِ المالِ؛ لِأَنَّ مالَ اللهِ غَادٍ وَرَائِحٌ، فلا يَعُودُ على المُحيلِ كما قبلَ التفليسِ، بخلافِ الموتِ؛ فإنه عجزٌ لا يُتَوَهَّمُ ارتفاعُه.

قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «المُحْتَالُ عليه إذا جحَد وحلَف على ذلك ولا بَيِّنَةَ للمُحْتالِ؛ يَرْجِعُ على الأَصيلِ في ظاهرِ الروايةِ، وروَىٰ محمدٌ عن أبي حنيفة

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابي [ق/ ٢٥٤].

يَحْكُمَ الْحَاكِمُ بِإِفْلَاسِهِ حَالَ حَيَاتِهِ، وَهَذَا بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْإِفْلَاسَ لَا يَتَحَقَّقُ بِحُكْمِ الْقَاضِي عِنْدَهُ؛ خِلَافًا لَهُمَا، لِأَنَّ مَالَ اللهِ غَادٍ وَرَائِحٌ.

غاية البيان

في غيرِ روايةِ «الأصول»: أنه لا يَرْجِعُ. [كذا][1] ذكَره شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في الحَوَالَةِ».

[١٠/١٣٧و/د] يُقالُ: تَوِيَ الشيءُ [٢/٢١٦و] يَتْوَىٰ تَوًىٰ؛ إذا تَلِفَ، مقصورٌ غيرُ مهموزٍ، وهو تَوٍ[2] وتاوٍ. كذا في «الجمهرة»[3].

قولُه: (إِمَّا أَنْ يَجْحَدَ)، أي: المُحْتَالُ عليه.

قولُه: (وَلَا بَيِّنَةَ لَهُ)، أي: لمدَّعِي الحَوَالَةِ، وهو المُحْتَالُ [٥/٣٠٠ظ/م] له، أوِ المُحِيلُ.

قولُه: (بِإِفْلَاسِهِ)، أفلَسَ الرجلُ إفلاسًا؛ إذا قَلَّ مالُه، وهو مُفْلِسٌ، وهي كلمةٌ عربيةٌ. كذا في «الجمهرة»[4].

وقال في «المجمل»: «أفلَسَ الرجُلُ: إذا صار ذا فُلُوسٍ بعدَ أنْ كانَ ذا دراهمَ»[5].

وقال في «تهذيب الديوان»: «فَلَّسَ القاضي فلانًا؛ إذا نادَىٰ أنه أفلَسَ».

قولُه: (لِأَنَّ مَالَ اللهِ غَادٍ وَرَائِحٌ)، يعني: يَذْهَبُ ويجيءُ، ويَخْتَلِفُ حالُ المرءِ فيه في الصباحِ والمساءِ مِن الفقرِ إلى الغِنَىٰ وبالعكسِ، فلَمَّا كان حُكْمُ المالِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ». وليستْ بمُثْبَتة في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٣١٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٢) على وزن: فَعِلٍ. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٣) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [١/٢٢٩].

(٤) المصدر السابق [٢/٨٤٧].

(٥) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/٧٠٥].

قال: وَإِذَا طَالَبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الْحَوَالَةِ، فَقَالَ الْمُحِيلُ: أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ لَكَ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الرُّجُوعِ قَدْ تَحَقَّقَ وَهُوَ قَضَاءُ دَيْنِهِ بِأَمْرِهِ إِلَّا أَنَّ الْمُحِيلَ يَدَّعِي عَلَيْهِ دَيْنًا وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ قَوْلُ المنكِرِ(١).

وَإِذَا طَالَبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ، فَقَالَ: إِنَّمَا أَحَلْتُكَ لِتَقْبِضَهُ لِي، وَقَالَ الْمُحْتَالُ: لَا بَلْ أَحَلْتَنِي بِدَيْنٍ كَانَ لِي عَلَيْكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ؛ لِأَنَّ الْمُحْتَالَ يَدَّعِي عَلَيْهِ الدَّيْنَ وَهُوَ يُنْكِرُ وَلَفْظَةُ الْحَوَالَةِ مُسْتَعْمَلَةٌ فِي الْوَكَالَةِ

غاية البيان

كذلك؛ لَمْ يَعْتَبِرْ أبو حنيفةَ قضاءَ القاضي بالإفلاسِ، ولَمْ يَثْبُتِ التَّوَىٰ به.

قولُه: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ الْمُحِيلَ بِمِثْلِ مَالِ الْحَوَالَةِ، فَقَالَ الْمُحِيلُ: أَحَلْتُ بِدَيْنٍ لِي عَلَيْكَ لَكَ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ، وَكَانَ عَلَيْهِ مِثْلُ الدَّيْنِ)، وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ(٢)، والضميرُ في قولِه: (وَعَلَيْهِ) راجعٌ إلىٰ المُحِيلِ.

إذا أراد المُحْتَالُ عليه بعدَ قضائِه الدَّيْنَ إلىٰ المُحْتَالِ له أنْ يَرْجِعَ بما أدَّىٰ علىٰ المُحِيلِ، فقال المُحِيلُ: ليس لك أنْ تَرْجِعَ عَلَيَّ لأني كنتُ أحلْتُ عليك بدَيْني عليك، فقال المُحْتَالُ عليه: بل لي أنْ [١٠/١٣٧ظ/د] أرجعَ عليك؛ لا يُقْبَلُ قولُ المُحِيلِ، والقولُ قولُ المُحْتَالِ عليه. نصَّ عليه في كتابِ الكَفالةِ؛ وذلك لأن سببَ الرُّجُوعِ ثابتٌ بيقينٍ، وهو قضاءُ الدَّيْنِ بالأمرِ، فثبت الرُّجُوعُ إلا إذا أثبتَ المُحِيلُ الدَّيْنَ بالبيِّنَةِ، فيَبطُلُ حقُّ المُحْتَالِ عليه في الرُّجُوعِ.

قولُه: (وَإِذَا طَالَبَ الْمُحِيلُ الْمُحْتَالَ بِمَا أَحَالَهُ بِهِ، فَقَالَ: إِنَّمَا أَحَلْتُكَ لِتَقْبِضَهُ لِي، وَقَالَ الْمُحْتَالُ: لَا بَلْ أَحَلْتَنِي بِدَيْنٍ كَانَ لِي عَلَيْكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُحِيلِ)،

(١) زاد بعده في (ط): «ولا تكون الحوالة إقرارا منه بالدين عليه لأنها قد تكون بدونه».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٠].

فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ.

قال: وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ؛ فَهُوَ جَائِزٌ؛ لأنه أَقْدَرُ على القضاء.

غاية البيان

وهذه مِن مسائلِ القُدُورِيِّ[1]، وأراد بالمحتالِ: المُحْتَالِ له.

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ في رَجُلٍ أحالَ رَجُلًا بألفِ درهمٍ على رَجُلٍ، ثم قال المُحِيلُ: هو مالي، وقال المُحْتَالُ: هو مالي. قال: القولُ قولُ المُحِيلِ»[2].

معناه: أن المُحِيلَ قال للمُحْتالِ له: لا شيءَ لك عَلَيَّ، فقد كنتَ وكيلي في قَبْضِ مالي، وقال المُحْتَالُ له: لا بل كان لي عليك أَلْفُ درهمٍ أحلتَنِي بها على غريمِك لأقبضَ حقِّي؛ فالقولُ قولُ المُحِيلِ، ويُؤْمَرُ المُحْتَالُ له بِرَدِّ الألفِ إلى المُحِيلِ؛ لأن ما قبَضَه المُحْتَالُ له مِن المُحْتَالِ عليه مالُ المُحِيلِ.

ومجرَّدُ الإحالةِ لا تَكُونُ اعترافًا مِن المُحِيلِ بالدَّيْنِ للمُحْتالِ له؛ لإن [٥/٣٠١و/م] الإحالةَ كما تُسْتَعْمَلُ في نقْلِ الدَّيْنِ أوْ نَقْلِ المُطَالَبَةِ بالدَّيْنِ: تُسْتَعْمَلُ في نقْلِ التصرُّفِ مِن المُوَكِّلِ إلى الوَكِيلِ مجازًا، كما قال محمدٌ في المُضَارَبةِ إذا صار مالُ المُضَارَبةِ [١٠/١٣٨و/د] دَيْنًا على الناسِ، وليس فيها رِبْحٌ؛ وامتنَع المُضَارِبُ عن التقاضِي، يُقَالُ له: أَحِلْ ربَّ الدَّيْنِ على الغُرَماءِ، أي: وَكِّلْه، فلَمَّا صحَّ استعمالُ لفْظِ الحَوَالَةِ في الوَكَالةِ؛ لَمْ يَكُنِ المُحِيلُ معترِفًا بالدَّيْنِ بمجرَّدِ الحَوَالَةِ، فكان القولُ قولَه معَ اليَمِينِ؛ لأنه يُنْكِرُ الدَّيْنَ.

قولُه: (وَمَنْ أَوْدَعَ رَجُلًا أَلْفَ دِرْهَمٍ، وَأَحَالَ بِهَا عَلَيْهِ آخَرَ؛ فَهُوَ جَائِزٌ)، وهذه

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ١٢٠].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٧٨].

....

من مسائلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ في رَجُلٍ أودَعَ رَجُلًا ألفَ درهمٍ، ولرجُلٍ على المُودعِ ألفُ درهمٍ، فأحال المُودِعُ الذي له الألفُ بألفِه على المستودَعِ بالألفِ الذي عندَه. قال: جائزٌ، وهو ضامنٌ، فإنْ هلكَتِ الوَدِيعةُ عندَه؛ بَرِيءَ مِنَ الحَوالَةِ»[1] [٢/٢١٦ظ]، وذلك لأنَّ الحَوالَةَ إذا أُطْلِقَتْ جازَتْ، فإذا قُيِّدَتْ بالوديعةِ؛ جازَتْ بالطريقِ الأولَى؛ لأن التقييدَ بالوديعةِ أيسَرُ على الأداءِ. فإذا هلكَتِ الوَدِيعَةُ؛ بطلَتِ الحَوالَةُ، وبَرِيءَ المُودَعُ مِن الضَّمانِ؛ لأنه التزَم الضَّمانَ مِن مالٍ مُعَيَّنٍ، لا مِن مالٍ مُطْلَقٍ، فإذا هلَك ذلك المالُ بَطَلَ الضَّمانُ؛ لأن الحقَّ كان مُتَعلِّقًا بذلك المالِ، كالزكاةِ تَسْقُطُ بهلاكِ النِّصابِ لأنَّ الحقَّ كان متعلِّقًا بذلك المالِ، كالزكاةِ تَسْقُطُ بهلاكِ النِّصابِ، فإن الحقَّ كان متعلِّقًا به، فبَطَلَ بهلاكِه.

وجملةُ القولِ: هنا ما ذكَره الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الطَّحَاويِّ» بقولِه: «الحَوالَةُ على ضربينِ: حَوالَةٌ مُقَيَّدَةٌ، وحَوالَةٌ مُطْلَقةٌ، فالمقيَّدَةُ: أنْ يُقَيِّدَها بما عليه مِن الدَّيْنِ [١٠/١٣٨ظ/د]، والمُطْلَقَةُ: ألَّا يُقَيِّدَها، والحَوالَةُ جائزةٌ في هذا كلِّه، ويَبْرَأُ المُحِيلُ مِن دَيْنِ المُحْتَالِ له، وليس له بعدَ الحَوالَةِ على المُحِيلِ سبيلٌ إلَّا أنْ يَتوَى على المُحْتَالِ عليه، فإذا تَوِيَ عليه بطلَتِ الحَوالَةُ، وعاد الدَّيْنُ على المُحِيلِ كما كان في الأصلِ عندَنا.

وعندَ الشَّافعيِّ: التَّوَى على المُحْتَالِ له، ولا يَعُودُ الدَّيْنُ على المُحِيلِ، وقد مَرَّ بيانُ ذلك.

قال: والفرقُ بينَ الحَوالَةِ المقيَّدةِ وبينَ الحَوالَةِ المُطْلَقَةِ: أن الحَوالةَ إذا كانت

---

(١) المصدر السابق [ص/ ٣٧٨].

. . . .

مُقَيَّدَةً انقطعَتْ [٥/٣٠١ظ/م] مُطالبةُ المُحِيلِ، نحوُ: أنْ يَكُونَ عليه ثَمَنُ مَبِيعٍ، فاسْتُحِقَّ المَبِيعُ؛ تبيَّنَ براءتُه مِن الدَّيْنِ، وبطلَتِ الحَوَالَةُ.

وإنْ سَقَطَ عنه الدَّيْنُ بمعنىً عارِضِيٍّ، ولَمْ يتَبَيَّنْ براءتَه مِن الأصلِ، فلا تَبطُلُ الحَوَالَةُ ـ وهو أنْ يَهْلِكَ المَبِيعُ بعدَ الحَوَالَةِ عندَ البائعِ قبْلَ التَّسْلِيمِ ـ سَقَطَ الثَّمَنُ عنه، ولا تَبْطُلِ الحَوَالَةُ، ولكن إذا أَدَّى المُحْتَالُ عليه قبلَ سقوطِ الدَّيْنِ يَرْجِعُ بما أَدَّىٰ علىٰ المُحِيلِ؛ لأنه قضَىٰ دَيْنَه بأمْرِه.

وكذلك لو قَيَّدَ الحَوَالَةَ بألفٍ وَدِيعَةً عندَ رَجُلٍ، فهلكَتِ الألفُ عندَ المُودَعِ؛ بطلتِ الحَوَالَةُ، ولو كانت الألفُ علىٰ المُحْتَالِ عليه مَضْمُونَةً، فلا تَبطُلُ الحَوَالَةُ بالهلاكِ؛ لأنه يَجِبُ عليه مِثْلُها، وتبطُلُ الحَوَالَةُ بِالاسْتِحْقَاقِ، ولو كانتِ الحَوَالَةُ مُطْلَقَةً؛ لا تَنْقَطِعُ مطالبةُ المُحِيلِ مِن المُحْتَالِ عليه إلا أن يُؤدِّيَ، فإذا أَدَّىٰ سَقَطَ ما عليه قِصَاصًا.

ولو تبيَّنَ بَرَاءَةَ المُحْتَالِ عليه مِن دَيْنِ المُحِيلِ؛ لَمْ تَبطُلِ الحَوَالَةُ، وكذلك لو [١٠/١٣٩و/د] استُحِقَّ مالُ المُحِيلِ الذي له عندَ المُحْتَالِ عليه مِن دَيْنِ المُحِيلِ؛ لَمْ تَبطُلِ الحَوَالَةُ، بخلافِ المقيَّدَةِ.

ولو مات المُحِيلُ قبْلَ أنْ يُؤدِّيَ المُحْتَالُ عليه إلىٰ المُحْتَالِ له، وعلىٰ المُحِيلِ ديونٌ سوىٰ دَيْنِ المُحْتَالِ له، وليس له مالٌ سوىٰ هذا الدَّيْنِ، والحَوَالَةُ كانت مُقَيَّدَةً؛ فالمحتالُ له لا يَكُونُ أحقَّ بذلك مِن سائرِ الغُرماءِ عندَنا.

وعندَ زُفرَ: هو أحقُّ به مِن سائرِ الغُرماءِ، كَالرَّهْنِ؛ إذِ المُرْتَهِنُ أحقُّ به مِن سائرِ الغُرماءِ بالاتِّفاقِ.

وعلماؤُنا فرَّقوا بينَ الرَّهْنِ وبينَ الحَوَالَةِ المُقَيَّدةِ، والفرقُ بينَهما أن المُرْتَهِنَ

فإن هلكت بَرِئَ لِتَقَيُّدِهَا بِهَا، فإنه ما التزمَ الأداءَ إلا مِنْهَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَغْصُوبِ؛ لأن الفوات إلى خلف كلا فوات، وَقَدْ تَكُونُ الْحَوالَةُ مُقَيَّدَةً بِالدَّيْنِ أَيْضًا، وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ أَلَّا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ

غاية البيان

أحقُّ بغُرْمِ الرَّهْنِ من سائرِ الغُرماءِ، ألا تَرَىٰ أنه لو هلَكَ الرَّهْنُ سَقَطَ دَيْنُ المُرْتَهِنِ خاصَّةً، فلَمَّا كان المُرْتَهِنُ أحقَّ بغُرْمِه كان أحقَّ بغُنْمِه.

وأَمَّا في الحَوالَةِ المُقَيَّدَةِ: فليس المُحْتَالُ له أحقَّ بغُرْمِ ذلك المالِ، ألَا تَرَىٰ أنه لو تَوِيَ لَمْ يَسْقُطْ دَيْنُه عن المُحِيلِ، والتَّوَىٰ على المُحِيلِ دونَه، فلَمَّا لَمْ يَكُنْ هو أحقَّ بغُرْمِه لَمْ يَكُنْ أحقَّ بغُنْمِه مِن سائرِ الغُرماءِ، بل يَكُونُ ذلك المالُ بينَ غُرماءِ المُحِيلِ أُسْوَةً.

قولُه: (بَرِئَ لِتَقَيُّدِهَا بِهَا)، أي: بَرِئَ المُحْتَالُ عليه ـ وهو المُودَعُ ـ لتقيُّدِ الحَوالَةِ بالوديعةِ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَتْ مُقَيَّدَةً بِالْمَغْصُوبِ)، يعني: لا يَبْرَأُ المُحْتَالُ عليه ـ وهو الغَاصِبُ ـ إذا كانت الحَوالَةُ مُقَيَّدَةً بالمغصوبِ؛ فهلكَ المَغْصُوبُ؛ لأنَّ عينَ المَغْصُوبِ فاتَتْ، ولكنْ خَلَفُه ـ وهو المِثْلُ أو [٥/٢٠٣و/م] القِيمَةُ[1] ـ باقٍ، فيكونُ الفَوَاتُ كَلَا فواتٍ [١٠/١٣٩ظ/د]، فلا تَبْطُلُ الحَوَالَةُ.

قولُه: (وَقَدْ تَكُونُ الْحَوالَةُ مُقَيَّدَةً [٢/٢١٧و] بِالدَّيْنِ أَيْضًا)، يعني: أن الحَوالَةَ المُقَيَّدَةَ كما تَكُونُ بالعينِ ـ كالوديعةِ والغَصْبِ ـ تَكُونُ مُقَيَّدَةً بالدَّيْنِ أيضًا، مِثْلَ ثَمَنِ المَبِيعِ.

قولُه: (وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ [أَلَّا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ

(١) وقع بالأصل: «والقيمة». والمثبت من: «تح»، و«ض».

عليه؛ لأنَّهُ تَعلَّقَ بِهِ حَقُّ المُحْتَالِ علَىٰ مِثالِ الرَّهْنِ وإِنْ كانَ أُسْوةَ للغُرَماءِ بَعْدَ مَوْتِ المُحِيلِ، وهذا؛ لِأَنَّهُ لَوْ بَقِيَ لَهُ مُطَالَبَتُهُ فَيأْخُذُهُ مِنْهُ لبَطَلَتْ الحَوالَةُ وَهِيَ حَقُّ المُحْتَالِ. بِخلَافِ المُطْلَقة؛ لأنه لا تعلُّقَ لحقِّه بِهِ بل بذمَّتِهِ فلا تَبطُلُ

غاية البيان

عليهِ[(١)])، يعني: أن حُكْمَ الحَوالَةِ المُقيَّدةِ بالعينِ أوْ بالدَّيْنِ: أن المُحيلَ لا يَمْلِكُ مطالبةَ المُحْتَالِ عليه بذلك، حتَّىٰ إذا دفعَ المُحْتَالُ عليه ذلك إلىٰ المُحيلِ؛ ضَمنَ، وذلك لتَعلُّقِ حقِّ المُحالِ له[(٢)]، كالرَّهْنِ لَمَّا تعلَّق به حقُّ المُرْتَهنِ لَمْ يَكُنْ للرَّاهِنِ مطالبةُ الرَّهْنِ قبلَ أداءِ الدَّيْنِ.

قولُه: (وَإِنْ كَانَ أُسْوَةَ لِلْغُرَماءِ بَعْدَ مَوْتِ الْمُحِيلِ)، هذا لبيانِ الفرْقِ بينَ مالِ الحَوالَةِ وبينَ الرَّهْنِ.

يعني: أن المُرْتَهنَ أحقُّ بالرهنِ من سائرِ الغُرماءِ، وليس كذلك المُحْتَالُ له، فإنه ليس بأحقَّ بمالِ الحَوالَةِ مِن سائرِ الغُرماءِ بعدَ موتِ المُحِيلِ، بل يُشاركونَه بالحِصَصِ، وإنْ كان مالُ الحَوالَةِ والرَّهْنِ سواءً في عدمِ مطالبةِ المُحيلِ والرَّاهِنِ، ووَجْهُ الفرْقِ مَرَّ قبلَ هذا.

قولُه: (بِخلَافِ المُطْلَقَةِ)، يتَّصلُ بقولِه: (وَحُكْمُ الْمُقَيَّدَةِ فِي هَذِهِ الْجُمْلَةِ أَلَّا يَمْلِكَ الْمُحِيلُ مُطَالَبَةَ الْمُحْتَالِ عَلَيْهِ)، يعني: إذا كانتِ الحَوالَةُ مُطْلَقةً غيرَ مُقيَّدةٍ بالعينِ أوِ الدَّيْنِ؛ يَمْلِكُ المُحِيلُ مطالبةَ المُحْتَالِ عليه بحقِّه؛ لأنه لا تَبْطُلُ الحَوالَةُ حينَئِذٍ؛ لأنَّ حقَّ المُحْتَالِ له تعلَّقَ بذمَّةِ المُحْتَالِ عليه، لا بذلك العينِ أوِ الدَّيْنِ للمُحيلِ علىٰ المُحْتَالِ عليه.

قولُه: (لِحَقِّهِ بِهِ)، أي: لحقِّ المُحْتَالِ له بالشيءِ [١٠/١٤٠و/د] الذي للمُحيلِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «حق المُحَال له». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الحِوَالَةُ بِأَخْذِ مَا عَلَيْهِ أَوْ عِنْدَهُ.

قَالَ: وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ، وَهِيَ قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ الْمُقْرِضُ سُقُوطَ خَطَرِ الطَّرِيقِ وَهَذَا نَوْعُ نَفْعٍ اسْتُفِيدَ بِهِ وقدْ نَهَى رَسُولُ الله ﷺ عن قَرْضٍ جَرَّ نَفْعًا، والله أعلم.

غاية البيان

على المُحْتَالِ عليه: مِن الغَصْبِ أوِ الدَّيْنِ، أوْ عندَ المُحْتَالِ عليه مِن الوَدِيعةِ.

قولُه: (مَا عَلَيْهِ)، أي: على المُحْتَالِ عليه مِنَ الغَصْبِ أوِ الدَّيْنِ.

قولُه: (أَوْ عِنْدَهُ)، أي: بأخذِ ما عندَ المُحْتَالِ عليه مِن الوَدِيعةِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُكْرَهُ السَّفَاتِجُ، وَهِيَ قَرْضٌ اسْتَفَادَ بِهِ الْمُقْرِضُ سُقُوطَ خطرِ الطَّرِيقِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

وتفسيرُ السَّفَاتِجِ: ما ذكره القُدُورِيُّ، وهي جمعُ سُفْتَجةٍ ـ بضمِّ السينِ وفتحِ التاءِ ـ تعريبُ سُفْتَه، بمعنى المُحْكَمِ، وسُمِّيَ هذا القرضُ به لإحكامِ [م/٣٠٢ظ/م] أمرِه.

قال في «الفتاوى الصغرى»: «السُّفْتَجُ إنْ كان مشروطًا في القَرْضِ؛ فهو حرامٌ، والقرْضُ بهذا الشَّرْطِ فَاسِدٌ، وإنْ لَمْ يَكُنْ مشروطًا جاز».

وقال في «الواقعات»: «رجلٌ أقرضَ رجلًا مالًا على أنْ يَكْتُبَ له بها إلى بلدِ كذا، فإنه لا يَجُوزُ، وإنْ أقرضه بغيرِ شرْطٍ وكتَبَ؛ كان هذا جائزًا، وكذلك لو قال: اكْتُبْ لي سُفْتَجةٍ إلى موضعِ كذا على أنْ أُعْطِيَكَ هنا؛ فلا خيرَ فيه».

وقال في «كفاية البَيْهَقِيِّ»: «وسَفَاتِجُ التُّجَّارِ مكروهةٌ؛ لأنه يَنْتَفِعُ بإسقاطِ خَطَرِ الطريقِ، إلا أنْ يُقْرِضَ مطلقًا، ثم يَكْتُبَ السُّفْتَجةَ، فلا بأسَ، هكذا رُوِيَ عن ابنِ عبَّاسٍ(٢)».

(١) ينظر: «مختصر القدوري» [ص/ ١٢٠].

(٢) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في مصنفه (١٤٦٤٢) من طريق عطاء قال: أنَّ ابن الزُّبَيْر يَسْتَلِفُ من =

. . . .

والأصلُ فيه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ «نهَى عن قَرْضٍ جَرَّ نفْعًا»[1]، ولأنه تمليكُ دراهمَ بدراهمَ [١٠/١٤٠ط/د]، فإذا شُرِطَ أنْ يَدْفَعَ في بلدٍ آخرَ؛ صار في حُكْمِ التَّأْجِيلِ، والتَّأْجِيلُ في الأعيانِ لا يَصِحُّ، وهذا هو القياسُ إذا لم يُشْرَطِ الدفعُ في بلدٍ آخرَ، إلا أنهم استحسنوا فقالوا: لا يُكْرَهُ[2]. كذا في «شرح الأقطع».

ثم قيل: إنما أورد القُدُورِيُّ هذه المسألةَ في هذا البابِ؛ لأنها معاملةٌ في الدُّيُونِ؛ كالكفالةِ والحَوَالَةِ.

ونُقِلَ عن الإمام بَدْرِ الدِّينِ الكَرْدَرِيِّ أنه قال: إنما أوردَها في الحَوَالَةِ؛ لأنه أحالَ[3] الخطَرَ المتوَقَّعَ على المُسْتَقْرِضِ، فيكُونُ في معنى الحَوَالَةِ.

واللهُ أعلمُ.

= التُّجَّارِ أَمْوَالًا، ثُمَّ يَكْتُبُ لَهُمْ إِلَى الْعُمَّالِ قَالَ: فَذَكَرْتُ ذَلِكَ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، فَقَالَ: «لَا بَأْسَ بِهِ». قَالَ الثَّوْرِيُّ: «وَكَانَ إِبْرَاهِيمُ يَكْرَهُهُ».

(١) أخرجه: الحارث ابن أبي أسامة في «مسنده/ بغية الباحث» [١/٥٠٠]، من طريق سوار ابن مُصْعَب عَنْ عُمَارَةَ الهمدانيِّ قال: سمعتُ عَلِيًّا ﷺ يَقُولُ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا». قال ابنُ عبد الهادي: «هذا إسنادٌ ساقطٌ، وسوار بن مصعب متروك الحديث». ينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي [٤/١٠٨]، و«التلخيص الحبير» لابن حجر [٤/١٨٢٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق٣٨٦].

(٣) أي: أحالَ المُقرِض الخطَرَ المتوَقَّع على نفسه على المُسْتَقْرِض. كذا جاء في حاشية: «نح»، و«م».



كِتَابُ أَدَبِ الْقَاضِي

لَمَّا كان وضْعُ القضاءِ لفَصْلِ الخصوماتِ، وتَنفيذِ الأحكامِ، وأكثرُ الخصوماتِ تقَعُ في البِياعاتِ والدُّيُونِ ـ وقد ذكَرَها [٢/٢١٧ط] ـ ذكَرَ بعدَها كتابَ القضاءِ؛ لمَسَاسِ الحاجةِ إلى القضاءِ.

الأَدَبُ: الخصالُ الحميدةُ، سُمِّيَتْ به؛ لأنها تَدْعُو إلى الخيراتِ والحسناتِ، مِن الأَدْبِ ـ بسكونِ الدالِ ـ وهو الدعاءُ، قال طَرَفَةُ[(١)]:

نَحْنُ فِي الْمَشْتَاةِ نَدْعُو الجَفَلَىٰ ❖ لَا تَرَىٰ الآدِبَ فِينَا يَنْتَقِرْ

والآدِبُ: فاعلٌ مِن أَدَبَ يَأْدِبُ أَدْبًا إذا دعَا؛ ومنه: ما ذكَر أبو عبيدٍ[(٢)] في حديثِ ابنِ مسعودٍ أنه قال: «إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ مَأْدُبَةُ اللهِ، فَمَنْ دَخَلَ فِيهِ فَهُوَ آمِنٌ»[(٣)].

والمأْدُبةُ ـ بالضمِّ ـ عبارةٌ عن الصنيعِ الذي يَصْنَعُهُ الإنسانُ [١/١٠٤١و/د]، ويُرْوَىٰ

---

(١) البيتُ في جملة قصيدةٍ لطَرَفة بن العبد بلغَتِ السبعين بيتًا من الرمل، وكلها في الفخر على عادة أهل الجاهلية بالكَرَم والشجاعة وحِماية الجار والمجْد السُّؤدد. ينظر: «ديوان طرفة» [ص/ ٥١].
والمَشْتاةُ: الشتاء وهو زمَن الجَدْب عندهم، **والجَفَلَى**: الدعوة العامة، والآدِب: الداعي إلى المأْدُبة، وقوله: «ينتَقِر»، معناه: يدعو بعضًا ويتْرُك بعضًا.
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن الآدِب في لغة العرب: هو الداعي إلى الخيرات والحَسنات. وينظر: «المعاني الكبير في أبيات المعاني» لابن قتيبة [١/٣٧٧]، و«خزانة الأدب» لعبد القادر البغدادي [٨/ ١٩٠].

(٢) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٤/ ١٠٨].

(٣) أخرجه الدارمي في «سننه» [٢/٥٢٥]، وابن أبي شيبة [رقم/ ٣٠٦٣٤]، وابن المبارك في «الزهد» [ص/ ٢٧٢]، عَنْ عَبْدِ الله بن مَسْعُود ﷺ بهذا اللفظ.

قَالَ: لَا يَصِحُّ وِلَايَةُ الْقَاضِي حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي الْمُوَلَّى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ، وَيَكُونَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ ....

غاية البيان

بفَتْحِ الدَّالِ أيضًا، بمعنى المصدرِ [٥/٣٠٣و/م]، كالأَدْبِ، ومنه ما رُوِيَ في حديثِ ابنِ مسعودٍ: «إِنَّ هَذَا الْقُرْآنَ مَأْدُبَةُ اللهِ، فَتَعَلَّمُوا مِنْ مَأْدُبَتِهِ»[(١)]، وكان الأحمرُ يَجْعَلُهُما لغتَيْنِ بمعنًى واحدٍ. قال أبو عبيدٍ: «لَمْ أسمَعْ أحدًا يَقُولُ هذا غيرَه»[(٢)].

والقضاءُ: يُسْتَعْمَلُ في أشياءَ، ويُرَادُ به في الشَّرْعِ: الإِلْزَامُ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا تَصِحُّ وِلَايَةُ الْقَاضِي حَتَّى يَجْتَمِعَ فِي الْمُوَلَّى شَرَائِطُ الشَّهَادَةِ، وَيَكُونَ مِنْ أَهْلِ الِاجْتِهَادِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[(٣)]، وإنما شرَطَ شرائطَ الشهادةِ مِن: الحُرِّيَّةِ، والعقلِ، والبُلُوغِ، والعدالةِ في القضاءِ؛ لأنَّ القضاءَ ولايةٌ كالشهادةِ، بل القضاءُ ولايةٌ عامَّةٌ، فلَمَّا اشْتُرِطَ في الشهادةِ من الصفاتِ[(٤)]؛ كان اشتراطُها في القضاءِ أَوْلَى.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ قُلِّدَ يَصِحُّ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ كَمَا فِي حُكْمِ الشَّهَادَةِ)، يعني: أن الفاسقَ لا يَنْبَغِي أَنْ تُسْمَعَ شهادتُه، فلو قُبِلَتْ جازَتْ[(٥)]، فكذا القاضي الفاسقُ لا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ، ولو قُلِّدَ صحَّ.

قال الفقيهُ أبو الليثِ في «خزانة الفقه»: «ويَصْلُحُ للقضاءِ مَن اجتمَع فيه ثمانيةُ أشياءَ: الموثوقُ في عَقْلِه، ودِينِه، وعفافِه، وصَلاحِه، وعِلْمِه، ومعرفتِه بالسُّنَّةِ

(١) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ٦٠١٧]، والدارمي في «سننه» [٢/٥٢٣]، وأبو عبيد في «فضائل القرآن» [ص/ ٤٩]، عَنْ عَبْدِ اللهِ بن مَسْعُود ﷺ بهذا اللفظ.

(٢) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عبيد [٤/١٠٨].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٤) أي: مِن الصفات المذكورة. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٥) أي: جازَتِ الشهادة. كذا جاء في حاشية: «ن».

....

والآثارِ والتأويلِ، وبِسُنَنِ مَن مضَىٰ قبلَهُ[1]، ولا يَصْلُحُ للقضاءِ مَن لا تُقْبَلُ شهادتُه، مِثْلُ الأَعْمَىٰ، والعبدِ، والمحدودِ في القذْفِ، وأَمَّا [١٠/١٤١ظ/د] المرأةُ فتصْلُحُ للقضاءِ في الأموالِ دونَ الحدودِ والدِّماءِ، ولا يَجُوزُ قضاءُ أهلِ الذِّمَّةِ علىٰ المسلمين». إلىٰ هنا لَفْظُ «**الخزانة**».

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «واختلفتِ الرواياتُ في تقليدِ الفاسقِ القضاءَ، والأصحُّ: أنه يَصِحُّ التقليدُ، ولا يَنْعَزِلُ بالفسْقِ».

ثم قال: «قال في «**المحيط**»: يَسْتَحِقُّ العزْلَ عندَ عامَّةِ المشايخِ إلا إذا شرطَ في التقليدِ أنه متىٰ جارَ يَنْعَزِلُ، وعندَ الشَّافعيِّ: يَنْعَزِلُ[2]، والإمامُ يَصِيرُ إمامًا مَعَ الفسْقِ، ولا يَنْعَزِلُ بالفسْقِ، بلا خلافٍ»[3]. إلىٰ هنا لَفْظُ «**الخلاصة**».

ونقَلَ النَّاطِفِيُّ في «الأجناس» عن «أدب القاضي»[4] لأبي بكرٍ الخَصَّافِ: «إذا ارتشَىٰ القاضي وحكَم؛ لا يَجُوزُ حُكْمُه، فإذا رَدَّ ما أخَذَ وتاب فهو علىٰ قضائِه.

وفي [٥/٣٠٣ظ/م] «**نوادر هشام**» قال محمَّدٌ ﷺ: لو فسَقَ القاضي ثم تاب فهو علىٰ قضائِه.

وحُكِي عن أبي الحسنِ الكَرْخِيِّ: أنه يَنْعَزِلُ بفِسْقِه.

وعن عَلِيٍّ الرَّازِيِّ صاحبِ أبي يوسفَ: أنه يَنْعَزِلُ القاضي بفِسْقِه، ولا يَنْعَزِلُ

---

(١) أي: قولُ النبيِّ وفعْلِه وأخبار الصحابة. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٦/١٥٨]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/٣٧٧]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [١٠/١٤٤].

(٣) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٤٢].

(٤) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [١/٣٠، ٦٣، ٦٤].

....

الخليفةُ بِفِسْقِه»(١). إلىٰ لفْظِ كتابِ «**الأجناس**».

وقال فيه أيضًا: «وفي «**أدب القاضي**» للحسنِ بنِ زيادٍ في قاضٍ مكَثَ وهو عدْلٌ، ثم فسَقَ بعدَ ذلك وارتشىٰ، وقد كان قضىٰ بقضايا قبلَ أنْ يَفْسُقَ وبقضايا بعدَما فسَقَ: أُبْطِلَ كلُّ قضيةٍ قضَىٰ بها بعدَما فسَقَ، وأُنْفِذَتِ القضايا التي قضىٰ بها قبلَ أنْ يَفْسُقَ.

[٢/٢١٨و] **وقال أبو حنيفةَ**: لو أن قاضيًا قضَىٰ بينَ الناسِ زمانًا، وأنفَذَ قضايا كثيرةً، ثم عُلِمَ أنه فاسقٌ مُرْتَشٍ؛ لَمْ يَزَلْ منذُ وُلِّيَ علىٰ ذلك؛ يَنْبَغِي للقاضي الذي يَخْتَصِمُون إليه [١٠/١٤٢و/د] أنْ يُبْطِلَ كلَّ قضيةٍ قضَىٰ بها ذلك القاضي»(٢). إلىٰ هنا لفْظُ «**الأجناس**».

وذكَر الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «**فصوله**»: «القاضي إذا ارتشىٰ وحَكَم لا يَنْفُذُ قضاؤه فيما ارتشَىٰ، ويَنْفُذُ فيما لَمْ يَرْتَشِ.

وذكَر الإمامُ البَزْدَويُّ: أنه يَنْفُذُ فيما ارتشَىٰ أيضًا. وقال بعضُ مشايخنا: إنَّ قضاياه فيما ارتشىٰ وفيما لَمْ يَرْتَشِ باطلةٌ، وبالقولِ الأوَّلِ أخَذَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ، وهو اختيارُ الخَصَّافِ.

وإنِ ارتشَىٰ ولدُ القاضي، أوْ كاتِبُه، أوْ بعضُ أعوانِه، فإنْ كان بأمْرِه ورضاه؛ فهو وما لو ارتشَىٰ القاضي سواءٌ، ويَكُونُ قضاؤُه مردودًا، وإنْ كان بغيرِ عِلْمِ القاضي؛ نَفَذَ، وكان علىٰ المرتشِي رَدُّ ما قَبض». إلىٰ هنا لفْظُ «**الفصول**».

قال أبو العباسِ النَّاطِفِيُّ في آخرِ «**أدب القاضي**» مِن كتابِ «**الأجناس**»: «الفقيهُ

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٥١].
(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٤٩].

. . . .

إذا كان فاسقًا هل يَجُوزُ أنْ يُسْتَفْتَى منه؟ فيه كلامٌ بيْنَ المشايخ، ذكَر محمَّدُ ابنُ شُجَاعٍ في «نوادره»: سمعتُ بِشْرَ بن غِيَاثٍ يَقُولُ: أرى الحَجْرَ على ثلاثةٍ: فقيهٍ فاسقٍ، وطبيبٍ جاهلٍ، ومُكَارٍ[1] مُفلسٍ.

وقال محمدُ بنُ شُجَاعٍ في قولِ نفسِه: لا بأسَ بأنْ يُسْتَفْتَى مِن الفقيهِ الفاسقِ؛ لأنه يَكْرَهُ أنْ يُخَطِّئَهُ الفقهاءُ، فيجِيبَ بما هو الصوابُ»[2].

وقال في «الواقعات»: «واختار الطَّحَاوِيُّ أن الفاسقَ إذا قُلِّدَ القضاءَ لا يَصِيرُ قاضيًا، ولو فسَقَ يَنْعَزِلُ بالفسقِ».

والصحيحُ: ما ذكرَ في «شرح أدب القاضي» أن القاضيَ بنفسِ الفسقِ لا يَنْعَزِلُ، بل يُعْزَلُ، والفاسقُ [٥/٣٠٤و/م] إذا قُلِّدَ [١٠/١٤٢ظ/د] يَصِيرُ قاضيًا، ومتى قضَى نَفَذَ قضاؤُه إلا أنَّ لقاضٍ آخرَ أنْ يُبْطِلَهُ إذا كان مِن رأيِه خلافُ ذلك، ومتَى أبطَله ليس لقاضٍ آخرَ أنْ يُنَفِّذَه، وهذا قولُ علمائِنا.

ورأيتُ في كتابِ «أدب القاضي» لأبي محمد النَّاصِحِيِّ النَّيْسَابُورِيِّ[3] أنه قال: فإنْ أخَذ القاضي الرِّشْوَةَ وحَكَم للذي رشَاه بحقٍّ ليس فيه ظُلْمٌ؛ كان هذا الحُكْمُ باطلًا، ولا يَحِلُّ لأحدٍ أنْ يُنَفِّذَ ذلك القضاءَ مِن القضاةِ، بل يَرُدُّه، فقد سقطَتْ عدالةُ المُرْتَشِي؛ لأن اللهَ تعالى قال: ﴿لَوْلَا يَنْهَىٰهُمُ ٱلرَّبَّٰنِيُّونَ وَٱلْأَحْبَارُ عَن قَوْلِهِمُ ٱلْإِثْمَ وَأَكْلِهِمُ ٱلسُّحْتَ﴾ [المائدة: ٦٣].

---

(١) المُكَارِي: هو الأجير، من الكِرَاء، وهو الأُجْرَةُ. وجمْعُه: المُكَارِينَ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٤٩].

(٣) النَّاصِحِيُّ: هو عبد الله بن الحسين، أبو محمد النيسابوري، المعروف بالناصِحِيِّ، قاضي القضاة بخراسان، وشيخ الحنفية في عصْره، كان ورعًا مُجْتَهدًا قصير اليَد. مِن كُتبه: «الجمع بين وقْفَيْ هلال والخصَّاف»، و«أدب القاضي»، و«تهذيب أدب القاضي للخصَّاف». (توفي سنة: ٤٤٧ هـ). ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٢٧٤]. و«تاج التراجم» لابن قُطْلُوبُغا [ص/١٧٨].

غاية البيان

وقال تعالى: ﴿وَأَكۡلِهِمُ ٱلسُّحۡتَ﴾ [المائدة: ٤٢]، رُوِيَ عن ابنِ عبَّاسٍ أنه قال: يَعْنِي: الرِّشْوَةَ[1].

وعن مَسْرُوقٍ: «أن عبدَ اللهِ بْنَ مَسْعُودٍ رضي الله عنه سُئِلَ عَنِ السُّحْتِ، فَقَالَ: هُوَ الرِّشَا، فَقَالَ الرَّجُلُ: فِي الْحُكْمِ؟ فَقَالَ عَبْدُ اللهِ: وَيْحَكَ ذَلِكَ الكُفْرُ، ثُمَّ تَلا قَوْلَهُ تَعالَى: ﴿وَمَن لَّمۡ يَحۡكُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ فَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡكَٰفِرُونَ﴾»[2] [المائدة: ٤٤].

وذكَر شمْسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح كتاب أدب القاضي» للخَصَّاف: حديثَ أبي هُرَيْرَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال: «لَعَنَ اللهُ الرَّاشِيَ وَالْمُرْتَشِيَ فِي الْحُكْمِ[3]»[4].

ثم قال: ورُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال: «الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي فِي النَّارِ»[5].

---

(١) أخرجه: الطبري في «تفسيره» [١٠/٣٢٢]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٢/٢]، عن ابن عباس رضي الله عنهما به.

(٢) أخرجه: الطبري في «تفسيره» [١٠/٣٢١]، وأبو يعلى في «مسنده» [٩/١٧٣]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٩/٢٢٥]، عن مَسْرُوق: عن عبْد الله بْن مَسْعُود رضي الله عنه به.

(٣) وروَىٰ في «السنن» بإسناده إلى عَبْدِ الله بْنِ عَمْرٍو، قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ الله ﷺ الرَّاشِيَ وَالْمُرْتَشِيَ» كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«ض». وينظر: «سنن أبي داود» في كتاب الأقضية/ باب في كراهية الرشوة [رقم/ ٣٥٨٠].

(٤) أخرجه: الترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في الراشي والمرتشي في الحكم [رقم/ ١٣٣٦]، وأحمد في «المسند» [٢/٣٨٧]، وابن حبان في «صحيحه» [رقم/ ٥٠٧٦]، من حديث أبي هريرة رضي الله عنه به.

قال الترمذي: «حديث أبي هريرة حديث حسن صحيح».

وقال ابنُ الملقن: «صحَّحه الأئمة». ينظر: «خلاصة البدر المنير» لابن الملقن [٢/٤٣٠].

(٥) أخرجه: الطبراني في «المعجم الأوسط» [٣/٢٩٦]، وفي «المعجم الصغير» [١/٥٧]، عَنْ عَبْد الله بْنِ عَمْرٍو رضي الله عنهما به.

قال ابنُ الملقن: «إسْناده جيد». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/٤٦٩].

....

ورُوِيَ عنه أنه قال: «الرَّاشِي وَالْمُرْتَشِي وَالرَّائِشُ مَلْعُونٌ»[(١)].

ثم قال: «والرِّشْوَةُ مِن الرِّشَاءِ[(٢)]، فإن النازحَ لا يَتَوَصَّلُ إلى استقاءِ الماءِ[(٣)] إلا به، فكذلك الإنسانُ إذا كان لا يَتوصَّلُ إلى مقصودِه الحرامِ، فإنه يرْشُو ليتوَصَّلَ إلى ذلك المَقْصُودِ».

والرَّاشِي: المُعْطِي، والمُرْتَشِي: الآخِذُ، والرائِشُ: الذي يَسْعَى فيما بينَهُما ليَسَوِّيَ أمْرَه، وهذا لأنَّ اللهَ تعالى [١٠/١٤٣و/د] ذمَّ اليهودَ [٢/٢١٨ظ] على الرِّشْوَةِ بقولِه تعالى: ﴿سَمَّٰعُونَ لِلۡكَذِبِ أَكَّٰلُونَ لِلسُّحۡتِ﴾ [المائدة: ٤٢]، كما ذمَّهم على الرِّبا بقولِه تعالى: ﴿وَأَخۡذِهِمُ ٱلرِّبَوٰاْ وَقَدۡ نُهُواْ عَنۡهُ﴾ [النساء: ١٦١]، فكانت الرِّشْوَةُ بمنزلةِ الرِّبا، وذلك حرامٌ محْضٌ، فكذلك الرِّشْوةُ، ولا يَخْلُو إمَّا أنْ يرْشُوَه؛ لأنه قد خَوَّفه وهَدَّده، فيُعْطِيه الرِّشْوَةَ؛ ليَدْفَع الخوفَ عن نفسِه، أوْ يرْشُو إنسانًا ليَسَوِّيَ أمْرَه فيما بينَه وبينَ السلطانِ، ويَسْعَى في ذلك البابِ، أوْ يرْشُو ليَتَقَلَّدَ القضاءَ مِن السلطانِ، أوْ يرْشُو القاضي ليقْضِيَ له.

أمَّا الأوَّلُ: فإنه إذا كان يرْشُوه ليدفَعَ الخوفَ عن نفسِه فإنه لا يَحِلُّ للآخِذِ [٥/٣٠٤ظ/م] أن يَأْخُذَه؛ لأنَّ الكَفَّ عن التخويفِ والتهديدِ واجبٌ عليه بدِينِ

---

(١) أخرجه: وأحمد في «المسند» [٥/٢٧٩]، وابن أبي شيبة [رقم/ ٢١٩٦٥]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٢/٩٣]، وفي «الدعاء» [ص/ ٥٨٠]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٤/١١٥]، عَنْ ثَوْبَانَ رضي الله عنه قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ الله ﷺ الرَّاشِيَ وَالْمُرْتَشِيَ وَالرَّائِشَ. يَعْنِي: الَّذِي يَمْشِي بَيْنَهُمَا».

قال الهيثمي: «رواه أحمد والبزار والطبراني في الكبير، وفيه أبو الخطاب، وهو مجهول». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٤/١٩٩].

(٢) الرِّشَاءُ: هو الحَبْل. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٣) في: «غ»: «فإن النازح لا يتوصَّل إلى مقصوده الحرام، فإنه يرشو ليتوصل إلى استقاء الماء».

الإسلامِ، فلا يَحِلُّ له أنْ يَأْخُذَ المالَ علىٰ ذلك، فإنْ أخَذَ المالَ لإقامةِ ما هو واجبُ الإقامةِ بدونِ المالِ؛ يَكُونُ حرامًا، وأَمَّا المُعْطِي يَحِلُّ له الإعطاءُ؛ لأنه خافَ منه، وجعَلَ المالَ وقايةً لنَفْسِه، وهو مُوافِقٌ للشريعةِ.

ألا تَرَىٰ إلىٰ ما رُوِيَ عن بعضِ الصحابةِ ـ رضوانُ اللهِ عليهم ـ أنه قال: «ما وجَدْنا في زَمَنِ زِيادٍ[1] شيئًا خيرًا مِن المالِ، كُنَّا نبْذُلُ لنَصُونَ به أنفسَنا»[2]. فدلَّ أنه يَحِلُّ له أنْ يبْذُلَ المالَ دفعًا للخوْفِ عن نفسِه.

وأَمَّا الثاني: إذا رشَاه ليسعَىٰ بينَه وبينَ السلطانِ، ويُسَوِّيَ أمْرَه بينَ يدَيِ السلطانِ: لا يَحِلُّ له الأخْذُ؛ لأن القيامَ بمعونةِ المسلمين واجبٌ بدونِ المالِ، فهو أخَذَ المالَ لإقامةِ ما وجَبَ بدونِ المالِ، فلا يَحِلُّ [١٠/١٤٣ظ/د] له أخْذُ المالِ.

والحِيلةُ في ذلك أنْ يَقُولَ ذلك الرجلُ له: استأْجِرْني يومًا إلىٰ الليلِ ببدلٍ مَعْلُومٍ، فيسْتَأجِرُه، فيَكُونُ صحيحًا، ثم إن المُسْتَأْجِرَ بالخِيارِ: إنْ شاء استعمَلَه في ذلك العملِ، وإنْ شاء استعمَلَه في عملٍ آخرَ.

وإنْ رَشَا السلطانَ ليتقَلَّدَ منه القضاءَ: فالرَّاشِي والمُرْتَشِي في النارِ، ألا تَرَىٰ إلىٰ ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنه قال: «إِنَّا لَا نُقَلِّدُ العَمَلَ مَنْ يَأْتِينَا عَلَيْهِ بِالشُّفَعَاءِ»[3].

(١) هو زياد بن أبيه الأمير المشهور (توفي سنة: ٥٣ هـ).

(٢) لَمْ نجده عن أحد من الصحابة ﷺ، وهو مشهور عن بعض التابعين، فعلَّقه أبو بكر الرازي في «أحكام القرآن» [٤/٨٦] عن سُفْيان عَنْ عَمْرٍو عَنْ أَبِي الشَّعْثاءِ قَالَ: «لَمْ نَجِدْ زَمَنَ زِيَادٍ شَيْئًا أَنْفَعَ لَنَا مِنَ الرُّشَا».
وأخرجه: ابنُ أبي شيبة مِن هذا الطريق [رقم/ ٢٢٠٥٠]، ولكن بلفظ: «لَمْ نَجِدْ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ لَنا شَيْئًا أَنْفَعَ لَنَا مِنَ الرُّشَا».

(٣) لَم نجِدْه بهذا اللفظ، والمشهورُ إنما هو بلفظ: «مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ، وَاسْتَعَانَ عَلَيْهِ، وُكِلَ إِلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ وَلَمْ يَسْتَعِنْ عَلَيْهِ، أَنْزَلَ اللهُ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ». وسيذكره المؤلف قريبًا.

....

فإذا كان لا يُقَلَّدُ مَن يَطْلُبُ، فكيف يُقَلَّدُ مَن يَرْشُو؟! وهذا لأنه إنما يَرْشُو ليأخذَ مِن أموالِ الناسِ بحَسَبِه، فيَحْرُمُ الأخْذُ والإعطاءُ.

وأَمَّا الفصلُ الأخيرُ: إذا ارْتَشَىٰ القاضي ليَقْضِيَ له، فهذا لا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ القضاءُ له بالجَوْرِ أوْ بالحقِّ، فإنْ كان القضاءُ بالجَوْرِ: فحرمةُ المالِ لوجهيْنِ:

أحدُهما: لأنه رِشْوَةٌ، فيَكُونُ حرامًا.

والثاني: بسببِ القضاءِ بالجَوْرِ.

وإنْ كان القضاءُ بحقٍّ: فالحرمةُ لمعنًىٰ واحدٍ، وهو أن القضاءَ واجبٌ عليه بدونِ المالِ، فإذا أخَذ عليه المالَ فهو أخْذُ المالَ علىٰ العبادةِ، أوْ علىٰ إقامةِ القُرْبةِ، فيَكُونُ حرامًا، ولا يَنْفُذُ القضاءُ الذي ارْتَشَىٰ فيه، وسِجِلُّهُ في ذلك يَكُونُ باطلًا.

فأَمَّا قضاياه بعدَ ذلك هل يَنْفُذُ للناسِ؟ فيه كلامٌ، **والصحيحُ مِن المذهبِ** عندَنا: أنه يَنْفُذُ قضاياه بعدَ ذلك. كذا في «**شرح أدب القاضي**».

وأَمَّا الشَّرْطُ الثاني وهو: كونُ القاضي مِن [١٠/١٤٤و/د] أهلِ الاجتهادِ، فذاك شرْطُ الأوْلَوِيَّةِ عندَنا لا شرْطُ الجوازِ، وهو الصحيحُ، وقيل: شرْطُ الجوازِ، وإليه مال صاحبُ «**شرح الأقطع**»[(١)].

[٥/٣٠٥و/م] **وقال في «وجيزهم»**[(٢)]: «لا بُدَّ للقضاءِ[(٣)] مِن صفاتٍ، وهو: أنْ يَكُونَ ذَكَرًا، حُرًّا، مجتهدًا، بصيرًا[(٤)]، عدْلًا، فلا يَجُوزُ قضاءُ المرأةِ، والأَعْمَىٰ،

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢/ق٣٩٠].

(٢) أي: «وجيز» الشافعية. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٣) في «الوجيز»: «لا بُدَّ للقاضي».

(٤) في «الوجيز»: «مُجْتَهِدًا (ح) بَصِيرًا (م و)». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلىٰ أبي حنيفة. وبـ: (م):=

والصبيِّ، والفاسقِ، والجاهلِ، والمُقلِّدِ»(١). إلىٰ هنا لفظُ «الوجيز».

وقال صدرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «أصوله»(٢): «أجمَع العلماءُ والفقهاءُ أن المفتيَ يَجِبُ أنْ يَكُونَ مِن أهلِ الاجتهادِ [٢/٢١٩و]، فإنه لا يَقْدِرُ أنْ يُفْتيَ الناسَ إذا لَمْ يَكُنْ مِن أهلِ الاجتهادِ، فإنه يَحْتَاجُ إلى الاجتهادِ لا محالةَ، وإنْ لَمْ يَكُنْ مِن أهلِ الاجتهادِ لا يَحِلُّ له أنْ يُفْتِيَ إلا بطريقِ الحكايةِ، فيَحْكِي ما يحْفَظُ مِن أقوالِ الفقهاءِ، ولا يَحِلُّ له أنْ يُفْتِيَ فيما لا يحْفَظُ فيه قولًا مِن أقوالِ المتقدِّمين». إلىٰ هنا لفْظُ صَدْرِ الإسلامِ.

وقد ذكَرَ محمدٌ في «الأصل» أن المقلِّدَ لا يَجُوزُ أنْ يَكُونَ قاضيًا، وذكَر الخَصَّافُ ما يَدُلُّ علىٰ جوازِه؛ لأنه قال: «القاضي يقْضِي باجتهادِ نفسِه إذا كان له رأيٌ، فإنْ لَمْ يَكُنْ له رأيٌ وسأل فقيهًا؛ أخَذ بقولِه»(٣).

وَجهُ الشَّافعيِّ: ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ حين بعَثَ مُعاذًا إلى اليَمَنِ فقَالَ له: «بِمَ تَقْضِي؟» قَالَ: بِكِتَابِ اللهِ. قَالَ: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟» قَالَ: بِسُنَّةِ رَسُولِ اللهِ ﷺ. قال: «فَإِنْ لَمْ تَجِدْ؟» قَالَ: أَجْتَهِدُ رَأْيِي. فقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «الْحَمْدُ لِله الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللهِ لِمَا رَضِيَ رَسُولُ اللهِ»(٤)، ولأنه إذا لَمْ يَكُنْ مجتهدًا يَجُوزُ

= الرمزَ به إلىٰ مالك بن أنس. وبـ: (و): الرمزَ به إلىٰ وجهٍ أو قولٍ بعيد مُخَرَّج لأصحاب الشافعي. كما نصَّ علىٰ ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [١/٥].

(١) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٢/٤١٥].

(٢) لصدْر الإسلام البَزْدَويُّ عدةُ كُتُبٍ في أصول الفقه، طُبِعَ منها: «معرفة الحُجَج الشرعية»، ولَمْ نظفَر بهذا النقل فيه بعد النظر في مظانِّه.

(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [١/١٩٥ ـ ١٩٦].

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الأقضية/ باب اجتهاد الرأي في القضاء [رقم/ ٣٥٩٢]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في القاضي كيف يقضي [رقم/ ١٣٢٧]، وأحمد في «المسند»=

غاية البيان

أنْ يَقَعَ حُكْمُه بخلافِ النصِّ أوِ الإجماعِ، فلا يَجُوزُ، ولأنَّ القضاءَ يَسْتَدْعِي القُدْرَةَ، ولا قُدْرَةَ بدونِ العِلْمِ، وإنما لَمْ يذْكُرْ [١٠/١٤٤ظ/د] معاذٌ الإجماعَ حين سألَه رسولُ اللهِ عن الحُكْمِ؛ لأنه لَمْ يَكُنْ إجماعٌ للصحابةِ في زمنِ النبيِّ ﷺ.

ولنا: أن المَقْصُودَ مِن القضاءِ: تنفيذُ الأحكامِ، وإيصالُ الحقِّ إلى مُسْتحقِّه، وهذا المعنى يَحْصُلُ مِن المقلِّدِ إذا قضَى بفَتْوَى غيرِه، كما يحْصُلُ مِن المجتهِدِ.

يُؤَيِّدُه[1]: ما ذكَره أحمدُ بنُ حنبلٍ في «مسند عَلِيٍّ ﷺ» قال: «أَنْفَذَنِي رَسُولُ اللهِ إِلَى الْيَمَنِ وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ، فَقُلْتُ: تُنْفِذُنِي إِلَى قَوْمٍ يَكُونُ بَيْنَهُمْ أَحْدَاثٌ وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ؟ فَقَالَ: «إِنَّ اللهَ تعَالَى سَيَهْدِي لِسَانَكَ، وَيُثَبِّتُ قَلْبَكَ»، فَمَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ»[2].

وروَى صاحبُ «السنن» بإسنادِه إلى عَلِيٍّ قال: «بَعَثَنِي رَسُولُ اللهِ ﷺ إِلَى اليمنِ قاضيًا فقُلْتُ [٥/٥٠٣ظ/م]: يَا رَسُولَ اللهِ تُرْسِلُنِي وَأَنَا حَدِيثُ السِّنِّ، وَلَا عِلْمَ لِي بِالْقَضَاءِ، فَقَالَ: «**إِنَّ اللهَ سَيَهْدِي قَلْبَكَ، وَيُثَبِّتُ لِسَانَكَ، فَإِذَا جَلَسَ بَيْنَ يَدَيْكَ الْخَصْمَانِ، فَلَا تَقْضِيَنَّ حَتَّى تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ، كَمَا سَمِعْتَ مِنَ الْأَوَّلِ، فَإِنَّهُ أَحْرَى**

= [٥/٢٣٠]، والدارمي في «سننه» [١/٧٢]، والطيالسي في «مسنده» [رقم/ ٥٥٩]، وغيرهم من حديث معاذ ﷺ به نحوه.

قال ابنُ الملقن: «هو حديث ضعيف بإجماع أهل النَّقل - فيما أعلم». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٩/٥٣٤].

(١) وقع بالأصل: «يؤيد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) أخرجه: أحمد في «المسند» [١/٨٣]، والنسائي في «السنن الكبرى» في كتاب الخصائص/ ذِكْر قول النبي ﷺ لعليٍّ: إن الله سيهدي قلبكَ ويثبت لسانك [رقم/ ٨٤١٩]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب ذكر القضاة [رقم/ ٢٣١٠]، وابن أبي شيبة [رقم/ ٢٩٠٩٨]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/٨٦]، من حديث عَلِيِّ بن أبي طالب ﷺ به.

....

غاية البيان

أَنْ يَتَبَيَّنَ لَكَ الْقَضَاءُ» قال: فَمَا زِلْتُ قَاضِيًا، أَوْ مَا شَكَكْتُ فِي قَضَاءٍ بَعْدُ»[1].

فعُلِمَ: أن الاجتهادَ ليس بشَرْطِ الجوازِ؛ لأن عليًّا رضي الله عنه حينئذٍ لَمْ يَكُنْ مِن أهلِ الاجتهادِ.

وَلَا يُقَالُ: كلُّ مَن لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ مُفْتِيًا لا يَصْلُحُ أَنْ يَكُونَ قاضيًا، كالفاسقِ؛ لأن المفتيَ يَجُوزُ [له][2] أن يُفْتِيَ بالسماعِ عن غيرِه بطريقِ الحكايةِ، فكذلك القاضي يَقْضِي بفتوىٰ غيرِه لا برأيِه.

وقضاءُ المرأةِ يَجُوزُ فيما تُسْمَعُ شهادتُها فيه خلافًا للشَّافعيِّ؛ لأن المَقْصُودَ ـ وهو تنفيذُ الأحكامِ، وإنصافُ المظلومِ مِن الظالمِ ـ حاصلٌ، بخلافِ قضائها في الحدودِ والقِصَاصِ، فإن شهادَتَها لا تَجُوزُ، فكذا قضاؤُها.

ثم الاجتهادُ ـ [١٠/١٤٥و/د] وهو بَذْلُ المجهودِ لنَيْلِ المَقْصُودِ، وشَرْطُ صيرورةِ المرءِ مجتهدًا: أَنْ يَكُونَ عالمًا بالنصوصِ مِن الكتابِ والسُّنَّةِ ـ مما يتعلَّقُ به الأحكامُ الشرعيَّةُ، ولا يُشْتَرطُ أَنْ يَكُونَ عالمًا بجميعِ ما في الكتابِ والسُّنَّةِ، وهذا عزيمةٌ، والرُّخْصَةُ في ذلك أَنْ يَكُونَ بحالٍ يُمْكِنُه طلبُ الحادثةِ الواقعةِ مِن

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الأقضية/ باب كيف القضاء [رقم/ ٣٥٨٢]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء في القاضي لا يقضي بين الخصمين حتى يسمع كلاهما [رقم/ ١٣٣١]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب الخصائص/ ذِكْر قول النبي ﷺ لعليٍّ: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك [رقم/ ٨٤١٩]، وأحمد في «المسند» [١/١١١]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٤/١٠٥]، من حديث عَلِيّ بن أبي طالب رضي الله عنه به. واللفظ لأبي داود.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

وقال الحاكمُ: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».

وقال ابنُ حجر: «رواه أحمد، وأبو داود، وحسَّنه الترمذي، وقوَّاه ابنُ المديني، وصحَّحه ابن حبان». ينظر: «بلوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٤٢٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ»، و«ض».

. . . .

النصوصِ التي تعَلَّقُ بها الأحكامُ.

ويُشْتَرَطُ أيضًا أن يَكُونَ عالمًا بوجوهِ العملِ بالكتابِ والسُّنَّةِ والإجماعِ، على ما عُرِفَ في «أصول الفقه» [٢/٢١٩ط]، وإذا بلغَ الرجلُ هذا الحَدَّ يَصِيرُ مجتهدًا، ويَجِبُ عليه العملُ باجتهادِه، ويَحْرُمُ عليه تقليدُ غيرِه. كذا في «الميزان»[1].

وقال صدْرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «أصوله»: «وأهلُ الاجتهادِ مَن يَكُونُ عالمًا بالكتابِ ناسخِه ومنسوخِه، وعالمًا بالسُّنَنِ ناسخِها ومنسوخِها، وعالمًا بمعاني الكتابِ والسُّنَنِ التي هي أَقْيِسةٌ، وإلى هذا أشار محمدٌ في كتابِ الحدودِ، وبعضُهم قالوا: يَجِبُ أيضًا أنْ يَكُونَ عالمًا بعُرْفِ بلدِه وكلامِهم ولُغَتِهم مِن الصريحِ والكنايةِ.

والصحيحُ أن أهلَ الاجتهادِ في مسائلِ الفقهِ: مَن يَكُونُ عالمًا بدلائلِ الفقهِ، وهي الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ والقياسُ». إلى هنا لَفْظُ صدْرِ الإسلامِ.

وقال الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله»: «قال بعضُهم: إذا كان صوابُه [٤/٣٠٦و/م] أكثرَ مِن خطئِه؛ حلَّ له الاجتهادُ». هذا لَفْظُ «الفصول».

ورُوِيَ عن مالكٍ: «أنه سُئِلَ عن أربعين مسألةً، فقال في ستٍّ وثلاثين منها: لا أدْرِي»[2].

وقال شمسُ الأئمّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي»: «ويَنْبَغِي أن يَكُونَ صاحبَ حديثٍ، له معرفةٌ بالمعنَى، أوْ صاحبَ فقهٍ ومَعْنًى، له بصَرٌ ومعرفةٌ في بابِ الحديثِ، والتَّفاوُتُ بينَ العبارتين أنَّ الأوَّلَ: مشتهِرٌ بالحديثِ وله فقهٌ أيضًا،

(١) ينظر: «ميزان الأصول في نتائج العقول» لعلاء الدين السمرقندي [ص/ ٧٥٢].

(٢) أخرجه أبو زرعة الدمشقي في: «تاريخه» [ص/ ٤٢٢]، ومن طريقه ابن عبد البر في «الانتقاء في فضائل الثلاثة الأئمة الفقهاء» [ص/ ٣٨]، من طريق الهَيْثم بْن جَميلٍ قال: «شهدْتُ مالكَ بْنَ أنسٍ سُئِلَ عَنْ ثمانٍ وأربعينَ مسألةً، فقالَ في اثْنَتَيْنِ وثلاثينَ مِنها: لا أدْرِي».

والثاني: مشتهرٌ بالفقهِ وله بصَرٌ بالحديثِ أيضًا».

وقال البُسْتِيُّ في «أصوله»[١]: «قال بعضُ أصحابِنا: إذا كان عالمًا في مسائل يَعْرِفُ حقيقَتَها، ولا يَخْفَى عليه دَقِيقَتُها؛ يَكُونُ مِن أهلِ الاجتهادِ في تلك المسائل [١٠/١٤٥ظ/د]، ثم إذا اسْتَجْمَعَ أهليةَ الشهادةِ والاجتهادِ في واحدٍ هل له أنْ يتقلَّد القضاء»؟

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «فيه أربعةُ أقوالٍ: قال بعضُهم: يُكْرَهُ. وقال بعضُهم: لا بأسَ به. وقال بعضُهم ـ وعليه عامَّةُ المشايخِ ـ: أن التقليدَ رخصةٌ، والتَّرْكَ عزيمةٌ. وروَىٰ الحسنُ عن أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: أنه إذا قُلِّدَ مِن غيرِ مسألةٍ؛ لا بأسَ به، وإنْ سألَ يُكْرَهُ، وهكذا ذكر في «المنتقىٰ»..»[٢]. إلىٰ هنا لفْظُ «الخلاصة».

وذكرَ الفقيهُ أبو الليثِ في «العيون» عن الحسنِ بنِ زيادٍ عن أبي حنيفةَ ﷺ قال: «لا يَنْبَغِي لأحدٍ أنْ يَطْلُبَ القضاءَ ولا يَتَعَرَّضَ له، فإنْ فعَلَ فهو مُسِيءٌ»[٣].

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» للخَصَّافِ أنه قال: «دخَلَ في القضاءِ قومٌ صالحون، واجتنَبه قومٌ صالحون، وتَرْكُ الدخولِ فيه أصلَحُ وأسلَمُ لدينِه؛ لأنه يَلْتَزِمُ بالقضاءِ أنه يَقْضِي بحقٍّ، ولا يَدْرِي أيقْدِرُ علىٰ الوفاءِ به أوْ لا يَقْدِرُ، وفي تَرْكِ الدخولِ فيه صِيَانَةُ نفسِه، وهذا إذا كان في البلدةِ غيرُه مَن يَصْلُحُ للقضاءِ.

---

(١) سمَّاه المؤلف: «لُبَاب الأصول» كما سيأتي، وكذا سمَّاه الزركشيُّ أيضًا، ونسبه إلىٰ أبي الحسن البُسْتِيِّ الْجُرْجَانِيِّ الحنفيِّ. ولَمْ نَهْتَدِ إلىٰ أخبار الكتاب وصاحبه بعد النظر. ينظر: «البحر المحيط» للزركشي [١/١٤].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٤٢].

(٣) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديّ [ص/ ٢١٢].

أما الأول فلأن حكم القضاء يُسْتَقى مِن حُكْم الشَّهادَةِ؛ لِأَنَّ كُل وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ، فَكُلُّ مَنْ كَانَ أَهْلاً لِلشَّهَادَةِ يَكُونُ أَهْلاً لِلْقَضَاءِ وَمَا يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ يُشْتَرَطُ لِأَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ. وَالْفَاسِقُ أَهْلٌ لِلْقَضَاءِ حَتَّىٰ لَوْ قُلِّدَ يَصِحُّ، إِلَّا أنه لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ كما في حُكْمِ الشهادةِ فإنَّهُ لا يَنْبَغِي أنْ يقبل الْقَاضِي شَهَادَتَهُ، ولو قَبِلَ [٤١/و] جازَ عِنْدَنَا.

وَلَوْ كَانَ عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ؛ لَا يَنْعَزِلُ، وَيَسْتَحِقُّ الْعَزْلَ، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا ﷺ.

غاية البيان

فَأَمَّا إذا لَمْ يَكُنْ غيرُه في البلدةِ مَن يَصْلُحُ للقضاءِ: فإنه يَدْخُلُ في القضاءِ، فإنْ كان في البلدةِ قومٌ يَصْلُحون للقضاءِ فامتنَع كلُّ واحدٍ منهم عن الشروعِ في القضاءِ؛ فكُلُّهُم يأثَمُون إذا كان السلطانُ بحيثُ لا يفْصِلُ بينَهُم، فأَمَّا إذا كان السلطانُ يفْصِلُ بنفسِه فامتنَعُوا جميعًا؛ لا يأثَمُون، ولو امتنَع الكلُّ حتَّىٰ [١٠/١٤٦و/د] قُلِّدَ جاهلٌ[1] فإنهم مشتركون في الإثمِ؛ لأنه يُؤَدِّي إلىٰ تضْييعِ أحكامِ [٥/٣٠٦ظ/م] اللهِ تعالىٰ». كذا في «شرح أدب القاضي».

قولُه: (فِي الْمُوَلَّىٰ)، اسمُ المفعولِ مِن التَّوْلِيَةِ.

قولُه: (يُسْتَقَىٰ مِنْ حُكْمِ الشَّهَادَةِ)، أي: يُؤْخَذُ ويُسْتفادُ منه.

قولُه: (لَا يَنْبَغِي أَنْ يُقَلَّدَ)، أي: الفاسقُ؛ لأنه لا يُؤْتَمَنُ علىٰ أمْرِ الدِّينِ.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ عَدْلًا فَفَسَقَ بِأَخْذِ الرِّشْوَةِ أَوْ غَيْرِهِ؛ لَا يَنْعَزِلُ، وَيَسْتَحِقُّ [٢/٢٢٠و] الْعَزْلَ، وَهَذَا هُوَ ظَاهِرُ الْمَذْهَبِ، وَعَلَيْهِ مَشَايِخُنَا).

أراد بغيرِه: الزِّنا، وشُرْبِ الخَمْرِ، ونحوِ ذلك مِن المعاصي.

وأراد بالمشايخ: علماءَ بُخارَىٰ وسمرقَنْدَ.

(١) وقع بالأصل: «جاهلًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».

وَقَالَ الشَّافِعِي: الْفَاسِقُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ كَمَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عِنْدَهُ، وَعَنْ عُلَمَائِنَا الثَّلَاثَةِ فِي النَّوَادِرِ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ قَضَاؤُهُ.

وَقَالَ بَعْضُ الْمَشَايِخِ: إِذَا قُلِّدَ الْفَاسِقُ اِبْتِدَاءً يَصِحُّ، وَلَوْ قُلِّدَ وَهُوَ عَدْلٌ يَنْعَزِلُ بِالْفِسْقِ؛ لِأَنَّ الْمُقَلِّدَ اِعْتَمَدَ عَدَالَتَهُ فَلَمْ يَكُنْ رَاضِيًا بِتَقْلِيدِهِ دُونَهَا.

وَهَلْ يَصْلُحُ مُفْتِيًا؟ قِيلَ: لَا؛ لِأَنَّهُ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ وَخَبَرُهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ فِي الدِّيَانَاتِ، وَقِيلَ: يَصْلُحُ؛ لِأَنَّهُ يَجْتَهِدُ حذارًا لِنِسْبَتِهِ إِلَى الْخَطَأِ، وَأَمَّا الثَّانِي فَالصَّحِيحُ أَنَّ أَهْلِيَّةَ الِاجْتِهَادِ شَرْطُ الْأَوْلَوِيَّةِ.

فَأَمَّا تَقْلِيد الْجَاهِلِ فَصَحِيحٌ عِنْدَنَا؛ خِلَافًا لِلشَّافِعِيِّ، هُوَ يَقُولُ: إِنَّ الْأَمْرَ بِالْقَضَاءِ يَسْتَدْعِي الْقُدْرَةَ عَلَيْهِ وَلَا قُدْرَةَ دُونَ الْعِلْمِ. وَلَنَا: أَنَّهُ يُمْكِنُهُ أَنْ يَقْضِيَ بِفَتْوَى غَيْرِهِ، وَمَقْصُودُ الْقَضَاءِ يَحْصُلُ بِهِ وَهُوَ إِيصَالُ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ. وَيَنْبَغِي لِلْمُقَلِّدِ أَنْ يَخْتَارَ مَنْ هُوَ الْأَقْوَى وَالْأَوْلَى؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ قَلَّدَ إِنْسَانًا عَمَلاً وَفِي رَعِيَّتِهِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُ فَقَدْ خَانَ اللهَ وَرَسُولَهُ وَجَمَاعَةَ الْمُسْلِمِينَ».

غاية البيان

قال أبو حفصٍ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «الفصول»: «وكونُ القاضي عدْلًا ليس بشَرْطٍ أيضًا، حتى قال أصحابُنا: إن الفاسقَ يَصْلُحُ أنْ يَكُونَ قاضيًا.

والعدالةُ شرْطُ الأَوْلَوِيَّةِ في ظاهرِ الروايةِ. وفي روايةِ «النوادر»: شرْطٌ لصحةِ التقليدِ، ولو قُلِّدَ وهو عدْلٌ، ثم فسَقَ؛ يَسْتَحِقُّ العزلَ، ولكنْ لا يَنْعَزِلُ، وبه أخذ عامَّةُ المشايخِ، ويَجِبُ على السلطانِ أنْ يَعْزِلَهُ». إلى هنا لفْظُ «الفصول».

قولُه: (وَهَلْ يَصْلُحُ الْفَاسِقُ مُفْتِيًا)، فيه اختلافُ المشايخِ، وقد مَرَّ قبلَ هذا.

قولُه: (وَأَمَّا الثَّانِي)، أي: الشَّرْطُ الثاني في الْمُوَلَّى، وهو شرْطُ الاجتهادِ، وقد مَرَّ بيانُه أيضًا.

وَفِي حَدِّ الِاجْتِهَادِ كَلَامٌ عُرِفَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ.

وَحَاصِلُهُ أَنْ يَكُونَ صَاحِبَ حَدِيثٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْفِقْهِ لِيَعْرِفَ مَعَانِيَ الْآثَارِ أَوْ صَاحِبَ فِقْهٍ لَهُ مَعْرِفَةٌ بِالْحَدِيثِ لِئَلَّا يَشْتَغِلَ بِالْقِيَاسِ فِي الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ وقيل: وَأَنْ يَكُونَ صَاحِبَ قَرِيحَةٍ يَعْرِفُ بِهَا عادَاتِ النَّاسِ؛ لأنَّ مِنَ الأَحْكَامِ

غاية البيان

قولُه: (وَفِي حَدِّ الِاجْتِهَادِ كَلَامٌ عُرِفَ فِي أُصُولِ الْفِقْهِ)، أي: في أصولِ الفقهِ لفَخْرِ الإسلامِ وغيرِه، في بابِ [١٠/١٤٦ظ/د] معرفةِ أحوالِ المجتهدِينَ[١].

قولُه: (وَأَنْ يَكُونَ صَاحِبَ قَرِيحَةٍ).

قال صاحبُ «الجمهرة»: «القَرِيحةُ: خالِصُ الطبيعةِ، ومنه اشتقاقُ القَرَاحِ، وهو الخالصُ الذي لَمْ يُمْزَجْ بغيرِه مِن النَّبَخِ وغيرِه»[٢].

وقال في «تهذيب الديوان»: «قَرِيحةُ البئرِ: أوَّلُ مائِها، والقَرِيحةُ: الطبيعةُ».

وقال في «المجمل»: «القَرِيحةُ أوَّلُ ماءٍ يُسْتَنْبَطُ مِن البئرِ، ولذلك يُقَالُ: لفلانٍ قريحةٌ جيِّدةٌ؛ يُرَادُ: استنباطُ العِلْمِ»[٣]. وقال في «الصحاح»[٤] كما في «المجمل».

وقال المُطَرِّزِيُّ في «الإيضاح»: «القَرِيحةُ في الأصلِ: أوَّلُ ماءٍ يُسْتَنْبَطُ مِنَ البئرِ، وهي فَعِيلةٌ بمعنَى مفعولةٍ اسمًا للبئرِ، مِن قَرَحْتُها إذا حَفَرْتُها، ثم سَمَّوا الماءَ بذلك؛ لملابسةٍ بينَهما، ثم قالوا: فلانٌ حسَنُ القَرِيحةِ؛ إذا ابتدَع شِعرًا أوْ خُطْبَةً [أوْ][٥]

(١) ينظر: «أصول البزدوي» [ص/ ٢٧٨ - ٢٨٠].

(٢) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دُرَيْد [١/ ٥٢٠].

(٣) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/ ٧٥١].

(٤) ينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [١/ ٣٩٦/مادة: قرح].

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ». وليستْ بمُثْبَتة في: «الإيضاح شرح مقامات الحريري» للمُطَرِّزِيّ [ق٣٩/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ٤٠٦١)]، أو: [ق٣٣/ب/ مخطوط كتبخانة مجلس شورى - إيران/ (رقم الحفظ: ٨٣١)].

ما يُبْتَنَي عَلَيْهَا.

قَالَ: وَلَا بَأْسَ بِالدُّخُولِ فِي الْقَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ فَرْضَهُ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رَضْوَانَ اللهِ عَلَيْهِمْ تَقَلَّدُوهُ وَكَفَى بِهِمْ قُدْوَةٌ، وَلِأَنَّهُ فَرْضُ كِفَايَةٍ لِكَوْنِهِ أَمْرًا بِالْمَعْرُوفِ.

غاية البيان

أجادَ، فاستعارُوها للطَّبْعِ، وهو مِن مُستعارِ المجازِ؛ لأن أصْلَ القَرْحِ: الجَرْحُ والشَّقُّ، ومنه: القَارِحُ، وهو الفَرَسُ الذي قَرَح نابُه، أي: شُقَّ».

وقال البُسْتِيُّ [٥/٣٠٧و/م] في «أصوله»: «قال بعضُهم: أهلُ الاجتهادِ مَن كان عالمًا بالكتابِ والسُّنَّةِ، واقِفًا على معانيهما، فهو مِن أهلِ الاجتهادِ.

وقال بعضُهم: أهلُ الاجتهادِ مَن كان معَ هذه الجملةِ يَعْرِفُ الناسَ وعاداتِهم. إلا أن هذا ليس بقوِيٍّ؛ لأنه شرْطٌ زائدٌ لا حاجةَ إلى اشتراطِه، فإنَّ مَن عرَفَ كتابَ اللهِ وسُنَنَ رسولِه [١٠/١٤٧و/د]، وعرَفَ ناسخَه ومنسوخَه، ووَقَفَ على معانيه؛ يُمْكِنُه الاجتهادُ». كذا قال البُسْتِيُّ في «لباب الأصول».

قولُه: (عَلَيْهَا)، أي: على عاداتِ الناسِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا بَأْسَ بِالدُّخُولِ فِي الْقَضَاءِ لِمَنْ يَثِقُ بِنَفْسِهِ أَنْ يُؤَدِّيَ فَرْضَهُ). أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

والأصلُ فيه: قولُه تعالى: ﴿يَٰدَاوُۥدُ إِنَّا جَعَلْنَٰكَ خَلِيفَةً فِى ٱلْأَرْضِ فَٱحْكُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِٱلْحَقِّ﴾ [ص: ٢٦]. وقال تعالى لنبيِّنا ﷺ: ﴿إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ﴾ [النساء: ١٠٥]، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ كان يقضِي بينَ الناسِ، وولَّى أصحابَه القضاءَ، وأنفَذَهم إلى النواحِي، وقد رَوَيْنا قبلَ هذا أنَّ النَّبِيَّ ﷺ بعثَ عليًّا قاضيًا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

قَالَ: وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ الْعَجْزَ عَنْهُ، وَلا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ الْحَيْفَ

إلى اليَمَنِ[(١)].

وكان الخلفاءُ الراشِدون يقْضُون بينَ الناسِ، ولأنَّ القضاءَ أمْرٌ بالمعروفِ ونَهْيٌ عن المنكَرِ، والأمرُ بالمعروفِ واجبٌ، وبعضُ السلفِ إنما كرِهوا الدخولَ في القضاءِ؛ لخوْفِهم على أنفسِهم مِن عَجْزِها عن القيامِ بتَحَمُّلِ عِبْءِ القضاءِ، فلو لم يَجُزِ الشروعُ فيه؛ لم يُوَلِّ رسولُ اللهِ أصحابَه [٢/٢٢٠ط] القضاءَ، ولم يَقْضِ بنفسِه، ولكن معَ هذا ترْكُ الدخولِ أسلَمُ لدِينِه، كما مَرَّ بيانُه.

قولُه: (قَالَ: وَيُكْرَهُ الدُّخُولُ فِيهِ لِمَنْ يَخَافُ الْعَجْزَ عَنْهُ، وَلَا يَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهِ الْحَيْفَ)، **وذلك لقوله ﷺ: «الْقُضَاةُ ثَلَاثَةٌ: قَاضِيَانِ فِي النَّارِ، وَقَاضٍ فِي الجَنَّةِ»**[(٢)]. **ولقوله ﷺ: «مَنْ وَلِيَ الْقَضَاءَ؛ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ** [١٠/١٤٧ط/د] **سِكِّينٍ»**[(٣)]، فلأجْلِ هذا الوعيدِ كُرِه الدخولُ فيه لمنْ لا يَأْمَنُ على نفسِه أنْ يَحِيفَ

(١) مضى تخريجه.

(٢) هذا جزء مِن حديث أخرجه: أبو داود في كتاب الأقضية/ باب في القاضي يخطئ [رقم/ ٣٥٧٣]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي [رقم/ ١٣٢٢]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب الحاكم يجتهد فيصيب الحق [رقم/ ٢٣١٥]، وغيرهم من حديث: بُرَيْدَة بن الْحُصَيْبِ ﷺ به نحوه، وهذا لفظ الترمذي.
قال ابنُ الملقن: «هذا الحديث صحيح». وقال ابنُ كثير: «إسناده جيد». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٩/٥٥٢]. و«إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/٣٩٠].

(٣) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٢/٢٣٠]، وأبو داود في كتاب الأقضية/ باب في طلب القضاء [رقم/ ٣٥٧١]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي [رقم/ ١٣٢٥]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب ذكر القضاة [رقم/ ٢٣٠٨]، وغيرهم من حديث: أبي هريرة ﷺ به نحوه.
قال الترمذي: «حديث حسن غريب». وقال ابنُ الملقن: «هذا الحديث حسن».
وقال ابنُ حجر: «صحَّحه الحاكم والدارقطني»، ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٩/٥٤٦]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٦٦].

كَيْلَا يَصِيرَ شَرْطًا لِمُبَاشَرَتِهِ الْقَبِيحَ، وَكَرِهَ بَعْضُهُم الدُّخُولَ فِيهِ مُخْتَارًا؛ لِقَوْلِهِ ﷺ: «مَنْ جُعِلَ عَلَىٰ الْقَضَاءِ فَكَأَنَّمَا ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ» وَالصَّحِيحُ أَنَّ الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ طَمَعًا فِي إِقَامَةِ الْعَدْلِ وَالتَّرْكُ عَزِيمَةٌ فَلَعَلَّهُ يُخْطِئ ظَنُّهُ وَلَا يُوَفَّقُ لَهُ أَوْ لَا يُعِينُهُ عَلَيْهِ غَيْره، ولا بُدَّ من الإِعَانَةِ إِلَّا إِذَا كَانَ هُوَ الأَهْلُ لِلقَضَاءِ دونَ غَيْرِهِ فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ التَّقَلُّدُ صِيَانَةً لِحُقُوقِ العِبَادِ وإِخْلَاءً للعالَمِ عَنِ الفَسَادِ.

قال: وَيَنْبَغِي أَلَّا يَطْلُبَ الْوِلَايَةَ وَلَا يَسْأَلَهَا؛ لقوله ﷺ: «مَنْ طَلَبَ القَضاءَ

ويَجُورَ علىٰ الناسِ، وإنْ كان القضاءُ في نفْسِه فَرْضَ كفايةٍ؛ لكونِه أمْرًا بالمعروفِ، وقد قال صاحبُ «الهداية»: (الصَّحِيحُ: أَنَّ الدُّخُولَ فِيهِ رُخْصَةٌ، وَالتَّرْكُ عَزِيمَةٌ).

وجملةُ القولِ فيه: بيَّنَّاها قبلَ هذا ناقلًا عن «شرح أدب القاضي»، و«خلاصة الفتاوىٰ».

والحَيْفُ: الجَوْرُ والظلمُ، مِن حافَ عليه يَحِيفُ حَيْفًا.

قولُه: (كَيْلَا يَصِيرَ شَرْطًا)، أي: كَيْلَا يَصِيرَ الدخولُ في القضاءِ.

[٥/٣٠٧ظ/م] قولُه: (فَحِينَئِذٍ يُفْتَرَضُ عَلَيْهِ التَّقَلُّدُ)، يعني: إذا كان واحدٌ مِن أهلِ المدينةِ يتَعَيَّنُ للقضاءِ ـ لعِلْمِه وعَفافِه ـ يُفْتَرَضُ عليه طلبُ القضاءِ وتقلُّدِه حتَّىٰ لا تَضِيعَ حُقُوقُ الناسِ، فإذا امتنَع هو وَقُلِّدَ الجاهلُ أو الفاسقُ؛ يأثَمُ هو؛ لامتناعِه، وقد مَرَّ ذلك، وهذا كصلاةِ الجنازةِ فإن الواحدَ إذا تعَيَّن لإقامتِها؛ يُفْتَرَضُ عليه عَيْنًا.

قولُه: (وَيَنْبَغِي أَلَّا يَطْلُبَ الْوِلَايَةَ وَلَا يَسْأَلَهَا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، أي: لا يَطْلُبُ ولايةَ القضاءِ بقَلْبِه، ولا يَسْأَلُها بلسانِه، وذلك لِمَا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

....

روى أبو عيسى الترمذيُّ في «جامعه»: بإسنادِه إلى أنس بن مالكٍ ﷺ قال: قالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَنْ سَأَلَ القَضَاءَ؛ وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ، ومَنْ جُبِرَ عَلَيْهِ؛ يَنْزِلُ عَلَيْهِ مَلَكٌ فَيُسَدِّدُه»[1].

ورَوَى أيضًا: بإسنادِه إلى أبي هُرَيْرَةَ قال: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَنْ وَلِيَ القَضَاءَ، أَوْ جُعِلَ قَاضِيًا بَيْنَ النَّاسِ؛ فَقَدْ ذُبِحَ بِغَيْرِ سِكِّينٍ»[2].

[١٠/١٤٨و/د] ورَوَى في «السنن»: بإسنادِه إلى أنسِ بنِ مالكٍ ﷺ قال: سمعتُ رسولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «مَنْ طَلَبَ القَضَاءَ، وَاسْتَعَانَ عَلَيْهِ، وُكِلَ إِلَيْهِ، وَمَنْ لَمْ يَطْلُبْهُ وَلَمْ يَسْتَعِنْ عَلَيْهِ، أَنْزَلَ اللهُ مَلَكًا يُسَدِّدُهُ»[3].

ورَوَى صاحبُ «السنن» أيضًا: بإسنادِه إلى أبي مُوسَى قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَنْ نَسْتَعْمِلَ، وَلَا نَسْتَعْمِلُ عَلَى عَمَلِنَا مَنْ أَرَادَهُ»[4].

وحدَّثَ البُخَارِيُّ في «الصحيح»: بإسنادِه إلى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «يَا عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنَ سَمُرَةَ، لَا تَسْأَلِ الإِمَارَةَ، فَإِنَّكَ إِنْ أُوتِيتَهَا عَنْ

---

(١) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٣/١١٨]، وأبو داود في كتاب الأقضية/ باب في طلب القضاء والتسرع إليه [رقم/ ٣٥٧٨]، والترمذي في كتاب الأحكام/ باب ما جاء عن رسول الله ﷺ في القاضي [رقم/ ١٣٢٣]، وابن ماجه في كتاب الأحكام/ باب ذكر القضاة [رقم/ ٢٣٠٩]، وغيرهم من حديث: أنس بن مالك ﷺ به نحوه. وهذا لفظ الترمذي.
قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب».

(٢) مضى تخريجه قريبًا.

(٣) مضى تخريجه قريبًا. وهذا لفظ أبي داود في «السنن».

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الإجارة/ باب استئجار الرجل الصالح [رقم/ ٢١٤٢]، ومسلم في كتاب الإمارة/ باب النهي عن طلب الإمارة والحرص عليها [رقم/ ١٧٣٣]، وأبو داود في كتاب الأقضية/ باب في طلب القضاء والتسرع إليه [رقم/ ٣٥٧٩]، وغيرهما من حديث: أبي موسى ﷺ به نحوه.

وُكِلَ إِلَىٰ نَفْسِهِ وَمَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ نَزَلَ عَلَيْهِ مَلَكٌ يُسَدِّدُهُ»؛ ولأنَّ مَنْ طَلَبَهُ يَعْتَمِدُ عَلَىٰ نَفْسِهِ فَيُحْرَمُ، ومَنْ أُجْبِرَ عَلَيْهِ يَتَوَكَّلُ عَلَىٰ رَبِّهِ فَيُلْهَمُ. ثُمَّ يَجُوزُ [٤١/د] التَّقَلُّدُ مِنَ السُّلْطَانِ الْجَائِرِ، كَمَا يَجُوزُ مِنَ الْعَادِلِ؛ لِأَنَّ الصَّحَابَةَ رضوان الله عليهم

غاية البيان

مَسْأَلَةٍ؛ وُكِلْتَ إِلَيْهَا، وَإِنْ أُوتِيتَهَا عَنْ غَيْرِ مَسْأَلَةٍ؛ أُعِنْتَ عَلَيْهَا»[(١)]، ولأن الظاهرَ مِن حالِ مَن يَطْلُبُ القضاءَ أنه يَطْلُبُه للدُّنيا، وجَرِّ حظِّ النفسِ، وطلبُ الدنيا وجَرُّ حظِّ النفسِ مَنْهِيٌّ عنه، بخلافِ ما إذا أُكْرِه على القضاءِ، حيثُ لا يُوجَدُ هذا المعنىٰ.

قولُه: (وُكِلَ إِلَى نَفْسِهِ)، علىٰ صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ، بتخفيفِ الكافِ، أي: فُوِّضَ أمْرُه إليها، ومَن فُوِّضَ أمْرُه إلىٰ نفسِه كان مخذولًا غيرَ مُرْشَدٍ للصوابِ؛ لكونِ النفسِ أمَّارةً بالسُّوءِ.

قولُه: (ثُمَّ يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنَ السُّلْطَانِ الْجَائِرِ، كَمَا يَجُوزُ مِنَ[(٢)] الْعَادِلِ)، ذكَر هذا تفريعًا علىٰ ما تقدَّم مِن مسألةِ القُدُورِيِّ.

قال في «فصول الأُسْتَرُوشَنِيِّ»: «ويَجُوزُ تَقَلُّدُ القضاءِ [١٠/١٤٨ظ/د] مِن السلطانِ العادلِ والجائرِ، أمَّا مِن السلطانِ العادلِ: فظاهرٌ، وأمَّا مِن الجائرِ: فلأنَّ الصحابةَ تقلَّدوا الأعمالَ مِن معاويةَ بعدَما أظهرَ الخلافَ لعَلِيٍّ، والحقُّ مع عَلِيٍّ في نَوْبَتِه [٥/٣٠٨و/م]، وتقلَّدوا مِن يزيدَ معَ فِسْقِه وجَوْرِه، والتابعون تقلَّدوا مِن الحَجَّاجِ معَ أنه كان أفسقَ أهلِ زمانِه». إلىٰ هنا لفظُ «الفصول».

وقال الإمامُ أبو محمدٍ النَّاصِحِيُّ النيسابورِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «قاضي أهلِ البغْيِ والخوارجِ إذا كان [٢/٢٢١و] منهم فقضَىٰ بشيءٍ، ثم

---

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الأيمان والنذور [رقم/ ٦٢٤٨]، ومسلم في كتاب الأيمان/ باب ندب من حلف يمينا فرأىٰ غيرها خيرا منها أن يأتي الذي هو خير، ويكفّر عن يمينه [رقم/ ١٦٥٢]، وغيرهما من حديث: عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ سَمُرَةَ ﵁.

(٢) وقع بالأصل: «يَجُوزُ في». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

تَقَلَّدُوهُ مِنْ مُعَاوِيَةَ - رَضِيَ اللهُ عَنْهُ - ....

رُفِع إلىٰ قاضي أهلِ العدلِ؛ لَمْ يُجِزْه، وأبطلَه؛ لأن الخوارجَ إذا خرجوا علىٰ أهلِ[1] العدْلِ بالسلاحِ فإنَّهُم يَستَحِلُّون أموالَهم، فلا تَجُوزُ شهادتُهُم، وإذا لَمْ تَجُزْ شهادتُهُم؛ لَمْ يَجُزْ قضاؤُه، فيُنْقَضُ، وهذا قولُ إبراهيمَ النَّخَعِيِّ، ولا يُعْمَلُ علىٰ كتابِه أيضًا؛ لأنه لا يَجُوزُ قضاؤُه، فلا يُعْمَلُ علىٰ كتابِه».

ثم قال النَّاصِحِيُّ: قال في الكتابِ -أي: قال الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[2]-: «إذا بلَغ الإمامَ أن قومًا يَجْتَمِعُونَ لِيَخرُجُوا عليه، فإنه يُبادِرُ إليهم فيقتُلُهم، ويَرُدُّ شهادتَهم، ومَن يَسْتَحِقُّ القتلَ لا يَكُونُ قاضيًا، فلا يُنَفِّذُ قضاءَه قاضي أهلِ العدْلِ.

وإنْ كان قاضي الخوارجِ مِن أهلِ الجماعةِ والعدْلِ، فقضَىٰ، ثم رُفِع إلىٰ قاضي العدلِ؛ أمضَاه، ويَجُوزُ قضاؤُه بينَ الناسِ؛ لأن [١٠/١٤٩و/د] شُرَيحًا كان يَتَوَلَّىٰ القضاءَ مِن جهةِ معاويةَ ومَن بعْدَه مِن بني أُمَيَّةَ، وكانوا خارجين علىٰ إمامِ الحقِّ، ولَمْ يُرْوَ عن أحدٍ مِن أهلِ العدلِ أنه فَسَخ قضاءَه.

وكذلك غيرُ شُرَيْحٍ تَوَلَّوا لهم، ولَمْ يُرْوَ عن أحدٍ مِن الأئمَّةِ نقْضُ قضائِهم، فدلَّ علىٰ أن القاضيَ إذا كان عدْلًا في نفسِه لا يُعْتَبرُ فِسْقُ مَن ولَّاه، وليس كذلك إذا كان عبْدًا أو كافرًا؛ لأنه لا يَدَ لَه علىٰ المسلمين».

قال في «الفصول»: «أهلُ البغيِ هم الخارجون علىٰ إمامِ الحقِّ بغيرِ حقٍّ، بيانُه: أن المسلمين إذا اجتَمَعوا علىٰ إمامٍ وصاروا آمِنين به، فخرَج عليه طائفةٌ مِن المؤمنين، فإنْ فعلوا ذلك لظُلْمٍ ظلَمَهم؛ فهم ليسوا مِن أهلِ البغيِ، وعليه أنْ يَتْرُكَ الظلْمَ ويُنْصِفَهُم، ولا يَنْبَغِي للناسِ أنْ يُعِينُوا الإمامَ عليهم؛ لأنه فيه إعانة علىٰ

(١) وقع بالأصل: «عن أهل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/١٥٥ - ١٥٦].

وَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ فِي نَوْبَتِهِ، وَالتَّابِعِينَ تَقَلَّدُوهُ مِنَ الْحَجَّاجِ وَكَانَ جَائِرًا إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِحَقٍّ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ لَا يَحْصُلُ بِالتَّقَلُّدِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ يُمَكِّنُهُ.

غاية البيان

الظلمِ، ولا أنْ يُعِينوا تلك الطائفةَ على الإمامِ أيضًا؛ لأن فيه إعانةً لهم على خُروجِهم على الإمامِ، وإنْ لم يَكُنْ ذلك لظُلْمِ ظَلَمَهم، ولكنِ ادَّعَوُا الحقَّ والولايةَ، فقالوا: الحقُّ معنا؛ فهم أهلُ البغيِ، فعلى كلِّ مَن يَقْوَى على القتالِ أنْ يَنْصُرَ إمامَ المسلمين على هؤلاء الخارجينَ؛ لأنهم ملعونون على لسانِ صاحبِ [٢/٢٠٨ظ/م] الشَّرْعِ، فإنه قال: «الْفِتْنَةُ نَائِمَةٌ لَعَنَ اللهُ مَنْ أَيْقَظَهَا»[1]..»[2].

قولُه: (وَالْحَقُّ كَانَ بِيَدِ عَلِيٍّ فِي نَوْبَتِهِ).

إنما قَيَّدَ بنَوْبتِه: احترازًا [١٠/١٤٩ظ/د] عن قولِ الروافضِ ـ لعنهم الله ـ فإنهم يَقُولون: الحقُّ كان بيدِ عَلِيٍّ ﷺ في نَوْبةِ أبي بكرٍ وعمرَ وعثمانَ ﷺ، وهذا مخالِفٌ لقولِ اللهِ تعالى: ﴿وَمَن يُشَاقِقِ ٱلرَّسُولَ مِنۢ بَعۡدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ ٱلۡهُدَىٰ وَيَتَّبِعۡ غَيۡرَ سَبِيلِ ٱلۡمُؤۡمِنِينَ نُوَلِّهِۦ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصۡلِهِۦ جَهَنَّمَ﴾ [النساء: ١١٥]، وهذا لأن خلافتَهم انعقدَ عليها إجماعُ الصحابةِ، ولَمْ يُرْوَ عن عَلِيٍّ خلافُ ذلك، وباقي البيانِ يُعْرَفُ في عِلْمِ الكلامِ[3] إنْ شاء اللهُ تعالى.

قولُه: (إِلَّا إِذَا كَانَ لَا يُمَكِّنُهُ مِنَ الْقَضَاءِ بِحَقٍّ)، استثناءٌ مِن قولِه: (يَجُوزُ التَّقَلُّدُ مِنَ السُّلْطَانِ الْجَائِرِ)، إلا إذا لم يُمَكِّنْهُ السلطانُ الجائرُ مِن القضاءِ بحقٍّ، فحينئذٍ لا يَجُوزُ التقلُّدُ منه؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِنَ القضاءِ ـ وهو تنفيذُ الأحكامِ ـ لا يَحْصُلُ.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) إلى هنا انتهى كلام صاحب «الفصول» [ق ٣/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية/ (رقم الحفظ: ١٧٧٢)]، أو [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧١)].

(٣) أشار في حاشية الأصل: إلى أنه وقع في بعض النُّسَخ: «في عرف الكلام». بدل: «في عِلْم الكلام».

قَالَ: وَمَنْ قُلِّدَ الْقَضَاءَ سَأَلَ دِيوَانَ الْقَاضِي الَّذِي قَبْلَهُ وَهُوَ الْخَرَائِطُ الَّتِي فِيهَا السِّجِلَّاتُ وَغَيْرُهَا، لِأَنَّهَا وُضِعَتْ فِيهَا لِتَكُونَ حُجَّةً عِنْدَ الْحَاجَةِ فَتُجْعَلُ فِي يَدِ مَنْ لَهُ وِلَايَةُ الْقَضَاءِ.

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَمَنْ قُلِّدَ الْقَضَاءَ سَأَلَ دِيوَانَ الْقَاضِي الَّذِي قَبْلَهُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

والمرادُ مِن ديوانِ القاضي: الخرائطُ التي فيها السِّجلاتُ، والصُّكوكُ، والمحاضِرُ، وكتابُ نَصْبِ الأوصياءِ، والقُيَّمُ[2] في أموالِ الوَقْفِ، وكتابُ تقديرِ النفقاتِ، وإنما يَسْألُهُ لأن ديوانَ القاضِي المَقْصُودُ منه: الحُجَّةُ والوثيقةُ للناسِ، فيجبُ أنْ يُجْعَلَ في يدِ مَن يَنْظُرُ في أمورِهم، وهو القاضي المُوَلَّى، وهذا لأنه محتاجٌ إلى معرفةِ ما فيه، فكان له أخْذُه، وهذا ظاهرٌ إذا كان البياضُ الذي كُتِبَ عليه السِّجلاتُ [١٠/١٥٠و/د] ونحوُها مِن بيتِ المالِ.

وكذا إذا كان مِن مالِ الخصومِ؛ لأن ذلك إنما سُلِّمَ إليه لعملِ القضاءِ، وقد انتقلَ العملُ إلى غيرِه، فيُؤْخَذُ الديوانُ منه شاء أوْ أبَى، وكذا إذا كان البياضُ [٢/٢٢١ظ] للقاضي المعزولِ؛ لأنه وُضِع عندَه لصيانةِ حُقُوقِ الناسِ تديُّنًا لا تموُّلًا.

قالوا: ويَبْعَثُ القاضي المُوَلَّى رجُلَيْنِ أمِينَيْنِ حتَّى يَتَسلَّما الخرائطَ مِن المعزولِ أوْ أمينِه، وذلك لأن قولَ الإنسانِ لا يُنْقَلُ إلى القاضي بأقلَّ مِن اثنينِ، ويَسْألُ الأمِينانِ إيَّاه عن شيءٍ فشيءٍ، ويَجْعلانِ كلَّ حادثةٍ في خريطةٍ على حِدَةٍ، حتَّى لا يَشْتَبِهَ الحالُ على القاضي المُوَلَّى، ويَتَيَسَّرُ الوصولُ إلى ما أراد.

وسُؤالُ الأمِينَيْنِ لكَشْفِ الحالِ، لا لِمَا أن قولَ القاضي المعزولِ مُلْزِمٌ؛

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٢) القُيَّم: هكذا ضَبطه في «تح»، وهو جَمْع: قائم. ينظر: «المعجم الوسيط» [٢/٧٦٨].

ثُمَّ إِنْ كَانَ الْبَيَاضُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ فَظَاهِرٌ، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ الْخُصُومِ فِي الصَّحِيحِ لِأَنَّهُمْ وَضَعُوهَا فِي يَدِهِ لِعَمَلِهِ وَقَدْ انْتَقَلَ إِلَى الْمُوَلَّى، وَكَذَا إِذَا كَانَ مِنْ مَالِ الْقَاضِي هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ اتَّخَذَهُ تَدَيُّنًا لَا تَمَوُّلًا، وَيَبْعَثُ أَمِينَيْنِ لِيَقْبِضَاهَا بِحَضْرَةِ الْمَعْزُولِ أَوْ أَمِينِهِ وَيَسْأَلَانِهِ شَيْئًا فَشَيْئًا، وَيَجْعَلَانِ كُلَّ نَوْعٍ مِنْهَا فِي خَرِيطَةٍ كَيْ لَا يَشْتَبِهَ عَلَى الْمُوَلَّى، وَهَذَا السُّؤَالُ لِكَشْفِ الْحَالِ لَا لِلْإِلْزَامِ.

غاية البيان

إذْ هو صار كواحدٍ مِن الرعايا بالعَزْلِ، ثم إذا [٥/٣٠٩و/م] قَبضَ الأمينانِ الديوانَ يخْتِمانِ على ذلك؛ خوفًا عن احتمالِ الزِّيَادَةِ والنُّقْصَانِ.

قال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «فما كان مِن القَمَاطِرِ[1] - فيها الإقراراتُ، وشهادةُ الشهودِ، والمحاضرُ - قبَضَها الأمِينانِ مختومةً؛ لأنها ليست بحُجَّةٍ؛ إذ الثاني لا يَقْضِي بها؛ لأن ما [١٠/١٥٠ظ/د] أثبتَه القاضي الأوَّلُ مِن إقْرارٍ، أوْ شهادةٍ لا يَكُونُ حجَّةً عندَ الثاني، فجاز قبْضُها جملةً مختومةً.

وما كان مِن القَمَاطِرِ - فيها حُجَجُ الناسِ مِن الصُّكُوكِ والسِّجِلَّاتِ - كتَباه شيئًا فشيئًا، فيكْتُبان: قِمَطْرُ كذا فيه كذا، نسخةُ السِّجِلِّ لفلانِ بنِ فلانٍ الفلانيِّ، على فلانِ بنِ فلانٍ الفلانيِّ، [فيكْتُبُ الجميعَ مفسَّرًا على هذا الوجهِ، وقِمَطْرٌ فيه كذا وكذا صَكًّا باسمِ فلانِ بنِ فلانٍ الفلانيِّ][2]؛ لأن هذه حُجَجُ الناسِ، فوجَبَ أنْ يَحْتَاطَ فيها، فيكْتُبُها مفصَّلًا، فهو أسرعُ وُجُودًا عندَ الحاجةِ إليه، ويَكْتُبان ذلك بحضرةِ القاضي المعزولِ، أوْ بحضرةِ أمِينِه؛ لأنهما يَقْبِضان منه، فيَكْتُبانِ بحَضْرَتِه أوْ بحَضْرةِ أمينٍ يُقيمُه مقامَ نفْسِه.

وكذلك يَكْتُبانِ عددَ ضِياعِ الوُقوفِ ومواضعَها، وأسماءَ الأُمَناءِ الذِين للقاضي

(١) القَمَاطِر: جمْع القِمَطْر، وهو ما تُصَان فيه الكتب. ينظر: «المعجم الوسيط» [١/٢٤٥].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَيَنْظُرُ فِي حَالِ الْمَحْبُوسِينَ؛ لِأَنَّهُ نُصِّبَ نَاظِرًا (فَمَنْ اعْتَرَفَ بِحَقٍّ أَلْزَمَهُ إِيَّاهُ) لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مُلْزِمٌ (وَمَنْ أَنْكَرَ لَمْ يَقْبَلْ قَوْلَ الْمَعْزُولِ عَلَيْهِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ)

غاية البيان

المعزولِ؛ لأنه يُفتَقَرُ إلى معرفتِهم ومعرفةِ ما في أيدِيهم، فوجَب أنْ يَكْتُبَ أسماءَهم.

قولُه: (قَالَ: وَيَنْظُرُ فِي حَالِ الْمَحْبُوسِينَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فَمَنِ اعترفَ بحقٍّ ألزمَه إيَّاه، ومَن أنكَر لم يَقبَلْ قولَ المعزولِ عليه إلَّا بِبَيِّنَةٍ»[1]، يعني: يَنْظُرُ القاضي المُوَلَّى في حالِ المحبوسين، ويبْعَثُ إلى الحَبْسِ مَن يُحْصِيهم ويَأْتِيه بأسمائِهم، ويَسْأَلُ المحبوسِين عن [١٠/١٥١و/د] سببِ حَبْسِهم؛ وذلك لأن القاضيَ نُصِبَ ناظرًا لأمورِ المسلمين.

وقولُ المعزولِ ليس بحُجَّةٍ؛ لأنه صار كواحدٍ مِن الناسِ، لأنه لا يَلِي في الحالِ، فلا يُنَفَّذُ قولُه عليهم، غيرَ أنه يَتَعَرَّفُ ما عندَه، ثم يَسْأَلُهُم ويَجْمَعُ بينَهم وبينَ خَصْمِهم، فإنْ أقرُّوا بما يُوجِبُ الحَبْسَ، وطلَب خصمُه ذلك؛ حَبَسَهم؛ لأنَّ الحقَّ يَجِبُ بالإقرارِ، وقد قال ﷺ: «**لَيُّ الْوَاجِدِ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ**»[2].

[وعُقُوبتُه][3]: حَبْسُه، فكان له أنْ يَحْبِسَ، فإنْ لَمْ يُقِرُّوا، وشَهِد الشهودُ عليهم بالحقِّ، وهذا القاضي يَعْرِفُهُم بالعدالةِ؛ ردَّهم إلى الحَبْسِ؛ لأنه يَجِبُ الحُكْمُ بشهادةِ الشهودِ؛ لقولِه [٥/٣٠٩ظ/م] تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٢) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٤/ ٢٢٢]، وأبو داود في كتاب الأقضية/ باب في الحَبْس في الدين وغيره [رقم/ ٣٦٢٨]، والنسائي في «سننه» في كتاب البيوع/ باب مطل الغني [رقم/ ٤٦٨٩]، وابن ماجه في كتاب الصدقات/ باب الحَبْس في الدين والملازمة [رقم/ ٢٤٢٧]، وغيرهم من حديث: الشَّرِيدِ بْنِ سُوَيْدٍ الثَّقَفِيِّ ﷺ به نحوه.

قال ابن الملقن: «هذا الحديث صحيح». وقال ابن كثير: «إسناده: حسن». ينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٦/ ٦٥٦]. و«إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٢/ ٤٧].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لِأَنَّهُ بِالْعَزْلِ الْتَحَقَ بِالرَّعَايَا، وَشَهَادَةُ الْفَرْدِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَىٰ فِعْلِ نَفْسِهِ، فَإِنْ لَمْ يُقِمِ الْبَيِّنَةَ؛ لَمْ يَعْجَلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّىٰ يُنَادِيَ وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْقَاضِي الْمَعْزُولِ حَقٌّ ظَاهِرٌ فَلَا يَعْجَلُ كَيْ لَا يُؤَدِّيَ إِلَىٰ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ.

غاية البيان

فإن لم يَعْرِفْهُم بالعدالةِ أخذَ مِن المحبوسِ كَفِيلًا بنفسِه، وأطلَقه إلىٰ أنْ يَسأَلَ عن الشهودِ، فإنْ عُدِّلُوا رَدَّه إلىٰ الحَبْسِ؛ لأنه يَبْتَدِئُ القضاءَ الآنَ، ولا يَقْضِي بما مضىٰ، فصار كما لو شهِدَ الشهودُ ابتداءً علىٰ واحدٍ بحقٍّ[1].

قولُه: (وَشَهَادَةُ الْفَرْدِ لَيْسَتْ بِحُجَّةٍ، لَا سِيَّمَا إِذَا كَانَتْ عَلَىٰ فِعْلِ نَفْسِهِ)، يَعْنِي: أن قولَ المعزولِ ليس بحجَّةٍ؛ لأنه كواحدٍ مِن الناسِ، وشهادةُ الفردِ لا تُقبَلُ علىٰ فِعْلِ غيرِه، فأَوْلَىٰ ألَّا تُقبَلَ علىٰ فِعْلِ نفسِه.

قولُه: (فَإِنْ لَمْ [١٠/١٥١ظ/د] يُقِمِ الْبَيِّنَةَ؛ لَمْ يَعْجَلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّىٰ يُنَادِيَ وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ [٢/٢٢٢و] في «مختصره»[2]، وفي بعضِ نُسَخِ «المختصر»: «ويَسْتَظْهِرُ في أمْرِه»[3].

(١) ينظر: «تبيين الحقائق» [١٧٧/٤]، «مجمع الأنهر» [١٥٦/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].
وقوله: «وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ»، لَمْ نظفر به في شيءٍ مِن نُسَخ «مختصر القُدُوري» المطبوعة والمخطوطة التي بأيدينا، ولا في شُرُوحه التي طالعناها، وإنما وقَع في جميعها بلَفْظ: «ويستَظْهِر في أمْرِه». كما سيأتي. ثم ظفرنا بهذا اللفظ - «وَيَنْظُرَ فِي أَمْرِهِ» - في النسخة التي شرَحَ عليها العلَّامةُ بهاءُ الدِّين محمد بن أحمد الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرح مختصر القُدُورِيّ» [ق٢٤٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)].

(٣) هذا لفْظ المطبوع مِن «مختصر القُدُوري»، وهو الثابتُ في عدة نُسَخ خَطِّية مِن «المختصر»، منها: [ق١٨٨/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك - تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق١٣٤/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا - تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق١٠٥/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق٨٨/ب/ مخطوط=

....

قال أهلُ اللغةِ: الاستظهارُ: الاحتياطُ.

قال أبو محمدٍ النَّاصِحيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «فإنْ قال واحدٌ مِن المحبوسِينَ: حُبِسْتُ بغيرِ حقٍّ، ولم يَحضُرْ له خَصْمٌ؛ تَأَنَّىٰ القاضي ونادَىٰ أيَّامًا، فإن لم يحْضُرْ له خصْمٌ أطلَقه وأخَذ منه كَفِيلًا بنفسِه؛ لأن ظاهرَ أمْرِ القاضي المعزولِ أنه لم يحْبِسْهُ إلا بحقٍّ، فلا يُطْلَقُ في الحالِ، ويتأنَّىٰ فيه، ولأن السَّجَّانَ أمينٌ في الظاهرِ والمحبوسُ في يدِه، فلا يُزِيلُ يدَه في الحالِ، ويُنادِي أيَّامًا: مَن حبَسَ فلانَ بنَ فلانٍ الفلانيَّ فليَحْضُرْ، فإنْ لَمْ يحضُرْ خصْمُه أطلَقه؛ لأن قولَ القاضي المعزولِ لا يُقْبَلُ؛ لأنه شاهِدٌ بعدَ عَزْلِه، وشهادةُ الواحدِ لا تُقْبَلُ، فلَمْ يَجِبْ حَبْسُه، فأطلَق عنه، ويأْخُذُ منه كَفِيلًا؛ لأن القاضيَ ناظِرٌ مُحتاطٌ، فإذا رأىٰ الاحتياطَ أنْ يَأْخُذَ كَفِيلًا؛ فَعَلَ؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ له خصْمٌ غائبٌ يَحْضُرُ ويَدَّعِي عليه.

فإنْ قال: أنا محبوسٌ لفلانٍ، وقضَىٰ حقَّه، وأراد الطالبُ إطلاقَه، وقد عرَف القاضي الطالبَ، أوْ عرَّفَ له شهودٌ شهِدوا علىٰ نسَبِه؛ تَأَنَّىٰ القاضي فيه؛ لأنه يَجُوزُ أنْ يَكُونَ له خَصْمٌ [۱۰/۱۵۲و/د] آخرُ، فوجَب أنْ يَتَأَنَّىٰ، فإنْ لَمْ يَجِدْ له خَصْمًا آخَرَ؛ أطلَقه؛ لأنه قد احتاط، فإن لَمْ يقِفْ مِن أمْرِه علىٰ حقيقةٍ؛ أخَذ منه كَفِيلًا وأطلَقه؛ لِمَا ذكَرْنا أنه ناظرٌ محتاطٌ.

= مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ۹٥۲)].

وعلىٰ هذا اللفظ: شَرَحَ: أبو نصر الأقطع في «شرْح القُدوريّ» [۲/ق ۲۳۰/أ/ مخطوط مكتبة كتبخانة مجلس شورىٰ ـ إيران/ (رقم الحفظ: ۱٤۲۳٥)]، وخُوَاهَرْ زَادَه في «شرْح القُدوريّ» [ق ۲۰۱/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥۸۹)]، وصاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُوريّ» [۲/۲٤۱]، وصاحبُ: «اللباب في شرْح الكتاب» [٤/۸۰]، و«خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُوريّ» لحسام الدين الرازي [۲/۳۲۷ ـ ۳۲۸].

وَيَنْظُرُ فِي الْوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الْوُقُوفِ، فَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَىٰ مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ، أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ؛ لأن كل ذلك حجة. ....

غاية البيان

فإن لَمْ يعرِفِ القاضي الطالبَ، ولَمْ يُعَرَّفْ عندَه؛ نادَىٰ عليه أيَّامًا: مَن كان حبَسَ فلانَ بنَ فلانٍ في حَبْسِ [٥/٣١٠و/م] القاضي فلانٍ فلْيَحْضُرْ، ثم يَأْخُذُ منه كَفِيلًا ويُطْلِقُه؛ لأنه يَجُوزُ أنْ يَحْتالَ فيُحْضِرَ واحدًا ويَقُولُ: هذا حبَسنِي، فيَحْتاطُ القاضي بهذا النوعِ مِن الاحتياطِ، ويَأْخُذُ الكَفِيلَ.

وإنْ قال: لا كَفِيلَ لي، أوْ لا[1] أعْطِي كَفِيلًا، فإنه لا يَجِبُ عَلَيَّ شيءٌ؛ نادَىٰ عليه شهرًا ثم ترَكه؛ لأن الحقَّ لَمْ يَثْبُتْ عليه، فلا يَلْزَمُهُ إعطاءُ الكَفِيلِ، وإنما طلَبه القاضي به احتياطًا، فإذا لم يُعْطِه وجَبَ عليه أنْ يَحْتاطَ بنوعٍ آخَر، فيُنادِيَ عليه شهرًا، فإذا مضَىٰ المُدَّةُ أطْلَقَ عنه». كذا قال الإمامُ النَّاصِحِيُّ.

قولُه: (لَمْ يَعْجَلْ بِتَخْلِيَتِهِ حَتَّىٰ يُنَادِيَ عَلَيْه)، أي: لَمْ يعجَلِ القاضي بإطلاقِ المحبوسِ، بل يتَأنَّىٰ ويُنادِي علىٰ المحبوسِ أيَّامًا في مجلِسِه: مَن كان يَطلُبُ فلانَ بنَ فلانٍ الفلانيَّ المحبوسَ بحقٍّ فلْيَحْضُرْ.

قولُه: (وَيَنْظُرُ فِي الْوَدَائِعِ وَارْتِفَاعِ الْوُقُوفِ، فَيَعْمَلُ فِيهِ عَلَىٰ مَا تَقُومُ بِهِ الْبَيِّنَةُ، أَوْ يَعْتَرِفُ بِهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وإنما يَنْظُرُ في الودائعِ وارتفاعِ [١٠/١٥٢ظ/د] الوقوفِ؛ لأن القاضيَ نُصِبَ ناظرًا في أمورِ الناسِ محتاطًا فيها، وإنما يَعْمَلُ علىٰ حسبِ ما تَقُومُ به البَيِّنَةُ، أو يَعْتَرِفُ به مِن الوَدِيعةِ في يدِه؛ لأن كلَّ واحدٍ مِن البَيِّنَةِ والإقْرارِ حُجَّةٌ.

أمَّا البَيِّنَةُ: فظاهرٌ؛ لقولِه تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

(١) وقع بالأصل: «ولا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَعْزُولِ لِمَا بَيَّنَّا (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ أَنَّ الْمَعْزُولَ

غاية البيان

وكذا الإقرارُ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولأن مَن في يدِه الوَدِيعَةُ أمينٌ، والقولُ قولُ الأمينِ ما لَمْ يكَذِّبْه الظاهرُ.

قولُه: (وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُ الْمَعْزُولِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وإتمامُه فيه: «إلَّا أن يَعْتَرِفَ الذي هو في يدِه أن المعزولَ سَلَّمها إليه، فيُقْبَلَ قولُه فيها»[1]. وفي بعضِ النُّسَخِ: «الذي هي في يدِه»[2].

وإنما لَمْ يُقْبَلْ قولُ المعزولِ؛ لأنه بالعَزْلِ التحَقَ بالرعايا، فصار كواحدٍ مِن الناسِ، وإليه أشار بقولِه: (لِمَا بَيَّنَّا) إلا إذا اعترف الذي هو في يدِه الوَدِيعَةُ بأنَّ القاضيَ المعزولَ [٢/٢٢٢ط] سَلَّمها إليه، فحينَئِذٍ يُقْبَلُ قولُ المعزولِ؛ لأنه لَمَّا أقَرَّ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٢) لَمْ نظفَر بهذا اللفظ في شيءٍ مِن نُسَخ «مختصر القُدُوري» المطبوعة والمخطوطة التي بأيدينا، ولا في شُرُوحه التي طالعناها.

أمَّا اللفظ الأول: «الذي هو في يده». فهو المُثبَت في المطبوع مِن «مختصر القُدُوري»، وهو الثابتُ أيضًا في عدة نُسَخ خَطِّية مِن «المختصر»، منها: [ق١٨٩/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق١٣٤/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق١٠٥/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق٨٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

وعلى هذا اللفظ: شَرَحَ: أبو نصر الأقطع في «شرح القُدوريّ» [٢/ق ٢٣٠/أ/ مخطوط مكتبة كتبخانة مجلس شورى ـ إيران/ (رقم الحفظ: ١٤٢٣٥)]، والزاهِدِيُّ في: «المجتبى في شرح القُدوريّ» [ق ٣٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]. وخُوَاهَرْ زَادَه في «شرح القُدوريّ» [ق ٢٠١/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وبهاءُ الدِّين الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرح مختصر القُدُوريّ» [ق٢٤٤/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. وصاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُوريّ» [٢/٢٤١]، وصاحبُ: «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٨٠]، و«خلاصة الدلائل/ شرح القُدُوريّ» لحسام الدين الرازي [٢/٣٢٨].

سَلَّمَهَا إِلَيْهِ فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهَا) لِأَنَّهُ ثَبَتَ بِإِقْرَارِهِ أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لِلْقَاضِي فَيَصِحُّ إِقْرَارُ الْقَاضِي كَأَنَّهُ فِي يَدِهِ فِي الْحَالِ، إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ، ثُمَّ أَقَرَّ بِتَسْلِيمِ الْقَاضِي إِلَيْهِ فَيُسَلِّمُ مَا فِي يَدِهِ إِلَى الْمُقَرِّ لَهُ الْأَوَّلِ ....

غاية البيان

بتسليمِ المعزولِ إليه كان معترِفًا بأنَّ يدَه مستفادةٌ مِن جهةِ المعزولِ، فيُقبَلُ قولُ المعزولِ [٥/٢١٠ظ/م] في مُستحقِّها، كما لو كانتِ الوَدِيعَةُ في يدِه، فإذا لَمْ يعترِفْ مَن في يدِه الوَدِيعَةُ بتسليمِ المعزول؛ لَمْ يُقبَلْ قولُ المعزولِ؛ لأنه مُدَّعٍ بغيرِ حجَّةٍ.

قولُه: (إِلَّا إِذَا بَدَأَ بِالْإِقْرَارِ لِغَيْرِهِ، ثُمَّ أَقَرَّ [١٠/١٥٣و/د] بِتَسْلِيمِ الْقَاضِي إِلَيْهِ)، استثناءٌ مِن قولِه: (فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهَا)، أي: قولُ المعزولِ في الوَدِيعَةِ، يعني: إنما يُقبَلُ قولُ المعزولِ إذا اعترفَ مَن في يدِه الوَدِيعَةُ بتسليمِ المعزولِ إليه.

أمَّا إذا بدأَ ذو اليدِ بالإقرارِ لواحدٍ، ثم أقرَّ بتسليمِ القاضي المعزولِ إليه، فقال المعزولُ: هي لفلانٍ آخرَ؛ يُسَلَّمُ الوَدِيعَةُ إلىٰ مَن أقرَّ له ذو اليدِ، لا إلىٰ مَن أقرَّ له المعزولُ، ويَضْمَنُ ذو اليدِ لمن أقرَّ له المعزولُ قيمتَها.

وتمامُ البيانِ فيه: ما قال الإمامُ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «وإنْ قال الأمينُ الذي علىٰ يدِه مالٌ: قد دفعَه إليَّ القاضي، ولا أدري لمنْ هو؛ فقال القاضي: هو لفلانٍ؛ صُدِّق فيه؛ لأن الأمينَ أقرَّ بأنه وصلَ إليه مِن قِبَلِ القاضي، فصار كأنه في يدِه، ولو كان في يدِه كان القولُ قولَه، كذلك هذا.

وإنْ قال: دفعَه إليَّ القاضي وهو لفلانٍ؛ فقال القاضي: هو لفلانٍ رَجُلٍ آخرَ؛ فالقولُ قولُ القاضي؛ لأنه لما أقرَّ بوصولِه إليه مِن جهةِ القاضي، واليدُ له فيه قبلَ إقرارِه لغيرِه، فصار كما لو كان في يدِ القاضي، ولو كان في يدِه فأقرَّ به لواحدٍ، وأقرَّ هذا به لآخرَ؛ كان القولُ قولَ القاضي، كذلك هذا.

وإنْ قال [١٠/١٥٣ظ/د] الأمينُ: هو لفلانٍ وقد دفعَه إلىٰ القاضي، وقال القاضي:

لِسَبْقِ حَقِّهِ وَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ لِلْقَاضِي بِإِقْرَارِهِ الثَّانِي وَيُسَلَّمُ إِلَى الْمُقَرِّ لَهُ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي.

قَالَ: وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي الْمَسْجِدِ؛ كَيْ لَا يَشْتَبِهَ مَكَانُهُ عَلَى الْغُرَبَاءِ وَبَعْضِ الْمُقِيمِينَ، وَالْمَسْجِدُ الْجَامِعُ أَوْلَى لِأَنَّهُ أَشْهَرُ.

غاية البيان

هو لفلانٍ رَجُلٍ آخرَ؛ فالقولُ قولُ الأمينِ؛ لأن ظاهرَ اليدِ له إلى أنْ يُقِرَّ به لغيره، فإذا أقرَّ بما في يدِه في الظاهرِ لغيرِه صحَّ الإقْرارُ، ووجَبَ المِلْكُ للمُقَرِّ له، فإذا أقرَّ باليدِ في مِلْكِ غيرِه، لَمْ يُصَدَّقْ».

ثم قال النَّاصِحِيُّ: «وذكَرَ أبو عَلِيٍّ ابنُ مُوسَى أنه يَغْرَمُ مِثْلَه للذي أقرَّ له القاضي؛ لأنه أقرَّ بالأخْذِ مِن القاضي، وقد أتلَفه بإقرارِه للأوَّلِ، فيَغْرَمُ قيمتَه».

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّا)، إشارَةٌ إلى قولِه: (لِأَنَّهُ بِالْعَزْلِ الْتَحَقَ بِالرَّعَايَا).

قولُه: (لِسَبْقِ حَقِّهِ)، أي: حقِّ المُقَرِّ له الأوَّلِ، وهو الذي أقرَّ له ذُو اليدِ.

قولُه: (ثُمَّ يَضْمَنُ)، أي: ذو اليدِ.

قولُه: (قَالَ: وَيَجْلِسُ لِلْحُكْمِ جُلُوسًا ظَاهِرًا فِي الْمَسْجِدِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وقال صاحبُ «الهداية»: (وَالْمَسْجِدُ الْجَامِعُ أَوْلَى [٥/٣١١و/م]؛ لِأَنَّهُ أَشْهَرُ).

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «قال أبو حنيفةَ: يَقضِي القاضي في مسجدِ الجامعِ؛ لأنه أرفَقُ بالناسِ وأحرَى ألَّا يَخْفَى، وإنْ قعدَ في مسجدِ حَيِّه، أوْ في بيتِه؛ فلا بأسَ بذلك».

وقال الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «لا بأسَ بأنْ يَقضِيَ في منزله، وحيثُ أحبَّ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ يُكْرَهُ الْجُلُوسُ فِي الْمَسْجِدِ لِلْقَضَاءِ لِأَنَّهُ يَحْضُرُهُ الْمُشْرِكُ وَهُوَ نَجَسٌ بِالنَّصِّ وَالْحَائِضُ وَهِيَ مَمْنُوعَةٌ عَنْ دُخُولِهِ.

غاية البيان

إلا أن أحسَنَ ذلك أنْ يَقْضِيَ حيثُ الجماعةُ»[1].

وقال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «وأفضلُ ما يَجْلِسُ: في المسجدِ الجامعِ، وفي مسجدِ حَيِّه، أوْ بيْتِه، لا بأسَ به عندَنا».

قال الشيخُ الإمامُ عليٌّ البَزْدَويُّ: «هذا إذا كان الجامعُ، ومسجدُ [١٠/١٥٤و/د] الحَيِّ، وبيتُه وسطَ البلدةِ، أمَّا إذا كان في طَرَفٍ مِن البلدةِ؛ يَخْتَارُ مسجدًا وسطَ البلدةِ»[2]. إلىٰ هنا لفظُ «الخلاصة». وذلك لئَلَّا يَلْحقَ بعضَ الخصومِ زيادةُ مشقَّةٍ بالذَّهابِ إلىٰ طرَفِ البلدةِ.

وقال في «المغني»: «يَخْتَارُ مسجدَ السُّوقِ؛ لأنه أشهَرُ».

وقال في «وجيزهم»: «ويُكْرَهُ أنْ يَتَّخِذَ المسجدَ مجلسًا للقضاءِ»[3].

ورَوَىٰ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» عن مالكٍ[4]: «أن القاضيَ إذا كان في المسجدِ فتقَدَّم إليه الخصْمانِ؛ لا بأسَ بفَصْلِ الخُصُومةِ فيه، وإنْ تعَمَّد الذهابَ إلىٰ المسجدِ لفصلِ [٢/٢٢٣و] الخُصُومةِ في المسجدِ؛ يُكْرَهُ».

وقال أحمدُ بنُ حنبلٍ: «ويَجُوزُ القضاءُ في المساجدِ والجوامعِ مِن غيرِ كراهةٍ»[5].

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٣٢٦ - ٣٢٧].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٤٤].

(٣) ينظر: «الوجيز في فقه الشافعي» للغزالي [١٢/٤٥٩].

(٤) ينظر: «المدونة» لسحنون [١٣/٤]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [١٤٧/٧]، و«منح الجليل» لعُلَيْش [٢٨٧/٨ - ٢٨٨].

(٥) ينظر: «المغني» لابن قدامة [١٠/٤١]. و«كشاف القناع» للبهوتي [٣١٢/٦ - ٣١٣]. و«المبدع»=

وَلَنَا قَوْلُهُ - ﷺ - «إِنَّمَا بُنِيَتْ الْمَسَاجِدُ لِذِكْرِ اللهِ تَعَالَىٰ وَالْحُكْمِ». «وَكَانَ رَسُولُ اللهِ - ﷺ - يَفْصِلُ الْخُصُومَةَ فِي مُعْتَكَفِهِ [٤٢/و] وَكَذَا الْخُلَفَاءُ الرَّاشِدُونَ

وَجهُ قولِ الشَّافعيِّ: ما قال في «شرح أدب القاضي» بأنَّ المساجدَ إنما بُنِيَتْ لإقامةِ العبادةِ وذِكْرِ اللهِ تعالى، قال تَعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦]. لا لفَصْلِ الخصوماتِ، فيُكْرَهُ الجلوسُ في المسجدِ لفَصْلِ الخصوماتِ.

وربَّما يَجْرِي الكذبُ على لسانِ أحدِ الخَصمَيْنِ، أوْ يَشْهَدُ الشهودُ بشهادةِ الزُّورِ، أوْ يَقَعُ اليَمِينُ الفاجرةُ، وذلك منَ الكبائرِ، قال تعالى: ﴿فَٱجْتَنِبُوا۟ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ [١٠/١٥٤ظ/د] وَٱجْتَنِبُوا۟ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠].

واليَمِينُ الغَمُوسُ كبيرةٌ، ألا تَرَىٰ إلى ما روَى البُخَارِيُّ بإسنادِه: إلى الشَّعْبِيِّ عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ عَمْرٍو رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قال: «الكَبَائِرُ: الإِشْرَاكُ بِاللهِ، وَعُقُوقُ الوَالِدَيْنِ، وَقَتْلُ النَّفْسِ، وَاليَمِينُ الغَمُوسُ»[1].

فلو جلسَ القاضي [٥/٣١١ظ/م] في المسجدِ كان سببًا للإقدامِ على الكذبِ، ولأن مجلسَ القضاءِ تَحْضُرُهُ الحائضُ، وهي ممنوعةٌ عن الدخولِ فيه، ويَحْضُرُه المشركُ وهو نَجِسٌ، قال تَعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ﴾ [التوبة: ٢٨].

ولنا: ما روَى أصحابُنا في كُتُبِهم: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ كَانَ يَفْصِلُ بَيْنَ الخُصُومِ فِي مُعْتَكَفِهِ»[2]، وكذا الخلفاءُ الراشِدون كانوا يفْصِلون الخصوماتِ في

= في شرح المقنع» لابن مفلح [١٦٣/٨].

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ورَد معنىٰ هذا في حديث جماعة مِن الصحابة. قال ابنُ حجر: «حديث: «أن النبيَّ ﷺ كانَ يفصلُ الخُصُومَات في مُعْتَكَفِه». كأنَّه يُشير إلى حديث كَعْب بن مَالك: «أنَّه تَقاضَى ابْنَ أبي حَدْرَد دَيْنًا في المَسْجِد». أخرجَاهُ، وَفيه: «أن النَّبِيَّ ﷺ كَشَفَ سِجْفَ حُجْرَتِه، فَنَادَىٰ: يَا كَعْبُ أَنْ ضَع=

كَانُوا يَجْلِسُونَ فِي الْمَسَاجِدِ لِفَصْلِ الْخُصُومَاتِ، وَلِأَنَّ الْقَضَاءَ عِبَادَةٌ فَيَجُوزُ إِقَامَتُهَا فِي الْمَسْجِدِ كَالصَّلَاةِ.

غاية البيان

المسجدِ، وكان الكفَّارُ يَفِدُون على رسولِ اللهِ ﷺ وفْدًا وهو في المسجدِ.

ورَوَى الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[1]: بإسنادِه إلى هشامِ بنِ أبي عُبَيْدِ اللهِ مَوْلَى لقرَيْشٍ قَالَ: سَمِعْتُ الْحَسَنَ يُحَدِّثُ حَدِيثًا قَالَ: «أَتَيْتُ الْمَدِينَةَ مَسْجِدَ رَسُولِ اللهِ ﷺ ذَاتَ يَوْمٍ بِالْهَاجِرَةِ[2]، فَإِذَا أَنَا بِابْنِ عَفَّانَ قَدْ كَوَّمَ كُومَةً[3] مِنَ الحَصَى، وَوَضَعَ رِدَاءَهُ، ثُمَّ اتَّكَأَ، فَإِذَا هُوَ بَرَجُلٍ حَسَنِ الوَجْهِ، حَسَنِ اللِّحْيَةِ، فَإِذَا بَوَجْنَتَيْهِ نِكَاتٌ مِن أَثَرِ الجُدْرِيِّ، وَإِذَا الشَّعْرُ قَدْ كَسَا سَاعِدَيْهِ قَالَ: فَجَاءَهُ سَقَّاءٌ مَعَهُ قِرْبَةٌ يُخَاصِمُ رَجُلًا، قَالَ: فَجَعَلَ يَنْظُرُ فِيمَا بَيْنَهُمَا»[4]. ففي هذا دلالةٌ على أن القاضيَ في سَعةٍ على أنْ يُنَفِّذَ الحُكْمَ في المسجدِ الجامعِ.

ورُوِيَ عن الحسَنِ أيضًا: أنه كان يَقْضِي في المسجدِ، وكان قاضي البصرةِ مِن جهةِ عُمَرَ بنِ عبدِ العزيزِ[5].

= الشَّطْرَ...». الحَدِيث». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/٧١]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٦٨].

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرْح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [١/١٧٢]، وشرْحُ الصدْر هذا محذوفُ الأسانيد، ومثْله شرْحُ أبي بكر الرازيِّ أيضًا على «أدب القاضي» [ق/ ١٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(٢) **الهاجرةُ والهجيرُ**: وسط النهار عند اشتداد الحَرِّ. كذا جاء في حاشية: «ن».

(٣) كَوَّمْتُ كُومَةً ـ بالضمِّ ـ إذا جمَعْتَ قطعةً مِن تُرابٍ ورفعْتَ رأسَها. وهو في الكلام بمنزلة قولك: صُبْرَةٌ مِن طعامٍ. «صحاح». كذا جاء في حاشية: «ن». وينظر: «صحاح اللغة» للجوهري [٥/٢٠٢٥/مادة: كوم].

(٤) أخرجه ابن شبَّة في: «أخبار المدينة» [٣/١٠١٧]. عن الحسن البصْرِيِّ ﷺ به.

(٥) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرْح أبي بكر الرازيِّ» للخَصَّاف [ق/ ١٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

وَنَجَاسَةُ الْمُشْرِكِ فِي اعْتِقَادِهِ لَا فِي ظَاهِرِهِ فَلَا يَمْنَعُ مِنْ دُخُولِهِ، وَالْحَائِضُ

ورُوِيَ أيضًا عن الحَسنِ وزُرَارةَ بنِ أبي أَوْفَىٰ أنهما كانا يَقْضِيانِ في الرَّحبةِ خارجًا مِن المسجدِ[1].

ورُوِيَ عن يحيىٰ بنِ يَعْمرَ: أنه كان يَقْعُدُ في الطريقِ فيَقْضِي[2].

وعن شُرَيحٍ: أنه كان يَقْضِي في دارِه إذا كان يومٌ مَطِيرٌ[3].

وعن الشَّعْبِيِّ: أنه كان يَقْضِي في المسجدِ[4].

وعن مُحَارِبِ بنِ دِثَارٍ: أنه كان يَقْضِي في المسجدِ، ويَخْضِبُ بالسَّوَادِ[5].

وعن شُرَيحٍ: أنه كان يَقْضِي في المسجدِ أيضًا[6].

ولأن القاضيَ مَأْمُورٌ بالقضاءِ بحقٍّ، والقضاءُ بحقٍّ من أشرفِ الطاعاتِ وأفضلِ العباداتِ، فكان الجلوسُ في المسجدِ للقضاءِ بحقٍّ، كالجلوسِ للتدريسِ والفَتْوَىٰ والوعظِ، وذلك لا بأسَ به، فكذا هذا.

ولأنَّ الجلوسَ في المسجدِ مانعٌ من الإقدامِ علىٰ الكذبِ لا حامِلٌ عليه، لأن الإنسانَ يَحْتَرِزُ عن الكذبِ فيه أكثرَ مما يَحْتَرِزُ في غيرِه، ألا تَرَىٰ أن الشَّافعيَّ قال [٥/٣١٢و/م]: إذا كان الدَّعْوَىٰ في العظيم [١٠/١٥٥و/د] من المالِ؛ يُحَلَّفُ المُدَّعَىٰ عليه في المسجدِ الحرامِ بيْنَ الرُّكْنِ والمَقامِ[7]؛ لأن الإنسانَ يَمْتَنِعُ عن اليَمِينِ الكاذبةِ

---

(١) المصدر السابق

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [١/٣٠٠ ـ ٣٠١].

(٣) المصدر السابق [١/٣٠٢].

(٤) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح أبي بكر الرازيّ» للخَصَّاف [ق/١٨/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(٥) المصدر السابق [١/٣٠٤].

(٦) المصدر السابق [١/٣٠٦].

(٧) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٨٣]، و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٧/١٠٧]،=

تُخْبِرُ بِحَالِهَا فَيَخْرُجُ الْقَاضِي إِلَيْهَا أَوْ إِلَى بَابِ الْمَسْجِدِ أَوْ يَبْعَثُ مَنْ يَفْصِلُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ خَصْمِهَا كَمَا إِذَا كَانَتِ الْخُصُومَةُ فِي الدَّابَّةِ.

غاية البيان

في هذه المواضعِ.

ونجاسةُ المشرِكِ: في اعتقادِه، لا على ظاهرِ بدنِه، ولا يُصيبُ الأرضَ منه شيءٌ، والحائضُ مسلمةٌ تعتقِدُ حرمةَ الدخولِ في المسجدِ، فالظاهرُ أنها تُخبِرُ بحالِها، فيَخْرُجُ القاضي أوْ أمينُه إليها إلى بابِ المسجدِ، كما إذا كانتِ الدَّعْوىٰ في الدَّابَّةِ.

قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ [٢/٢٢٣ظ] **في «شرح أدب القاضي»**: وقد ذكَرَ في **«السِّيَر الكبير»**(١) بأنَّ المشركَ يُمنَعُ مِن دخولِ المسجدِ؛ عملًا بقولِه تعالىٰ: ﴿إِنَّمَا ٱلْمُشْرِكُونَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا۟ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ﴾ [التوبة: ٢٨].

وذكَرَ في **«الجامع الصغير»**(٢) أن الكافرَ لا يُمْنَعُ مِن دخولِ المسجدِ(٣).

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «شرح الجامع الصغير»: «وأبو سُفْيانَ بنُ حرْبٍ دخلَ المسجدَ الحرامَ عامَ الحُدَيبيَّةِ، والآيةُ وردَتْ في الطوافِ بالبيتِ»، يَعْنِي: أن الكفَّارَ كانوا يَطُوفُون بالبيتِ عُراةً، ويَتكلَّمون بالفواحشِ، فنهاهُم اللهُ تعالىٰ لأجْلِ ذلك، لا لأجْلِ الدخولِ نفسِه.

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «كان شُرَيْحٌ يَقْضِي في المسجدِ، وكذلك الحسنُ والشَّعْبِيُّ».

= و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٢٤٦].

(١) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرح السرخسي» لمحمد بن الحسن [١/٩٦، ٩٧].

(٢) أي: في كتاب الكراهية. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

(٣) ولفظُه هناك: «وَلَا بَأْس بِأَن يدْخل أهلُ الذِّمَّة المسجدَ الْحَرَام». ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٨٢ - ٤٨٣].

وَلَوْ جَلَسَ فِي دَارِهِ لَا بَأْسَ بِهِ وَيَأْذَنُ لِلنَّاسِ بِالدُّخُولِ فِيهَا، وَيَجْلِسُ مَعَهُ مَنْ كَانَ يَجْلِسُ قَبْلَ ذَلِكَ لِأَنَّ فِي جُلُوسِهِ وَحْدَهُ تُهْمَةً.

وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ صِلَةُ الرَّحِمِ وَالثَّانِيَ لَيْسَ لِلْقَضَاءِ بَلْ جَرَىٰ عَلَى الْعَادَةِ،

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ جَلَسَ فِي دَارِهِ لَا بَأْسَ بِهِ). ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ ما تقدَّم.

قال شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ في [١٠/١٥٥ظ/د] «شرح أدب القاضي»: «وإنِ اختار الجلوسَ في مسجدِ حيِّه لا بأسَ، وإنِ اختار أن يَجْلِسَ في دارِه فله ذلك بشَرْطِ ألَّا يَمْنَعَ أحدًا مِن الدخولِ عليه؛ لأنَّ لكلِّ أحدٍ حقًّا في مجلسِه، ويُجْلِسُ معَه مَن كان يُجْلِسُه أنْ لو كان في المسجدِ، حتَّىٰ يكونَ أبعدَ مِن التهمةِ»، يَعْني: مِن تُهْمَةِ الظلْمِ والرِّشْوةِ.

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «رُوِيَ أن شُرَيحًا إذا كان يومٌ مَطِيرٌ قضَىٰ في دارِه».

وقال الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «ولا يَنْبغِي له أنْ يَقْضِيَ وهو يَمْشِي أوْ يَسِيرُ»[١].

قولُه: (وَلَا يَقْبَلُ هَدِيَّةً إِلَّا مِنْ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أَوْ مِمَّنْ جَرَتْ عَادَتُهُ قَبْلَ الْقَضَاءِ بِمُهَادَاتِهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[٢]، وإنما لا يَقْبَلُ القاضي هديةً؛ لِمَا روَىٰ البُخَارِيُّ بإسنادِه: إلى [٥/١٦٢ظ/م] عُرْوَةَ بْنِ الزُّبَيْرِ، عَنْ أَبِي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ قَالَ: اسْتَعْمَلَ النَّبِيُّ ﷺ رَجُلًا مِنَ الأَزْدِ، يُقَالُ لَهُ: ابْنُ الأُتْبِيَّةِ[٣] عَلَى

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٣٢٧].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٣) ابنُ الأُتْبِيَّة ـ وقيل: ابن اللُّتْبِيَّة ـ واسمُه عبد الله بن الأُتْبِيَّة، قالوا في أسامي الرجال: بعثه النبيُّ ﷺ =

وَفِيمَا وَرَاءَ ذَلِكَ يَصِيرُ آكِلًا بِقَضَائِهِ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ لِلْقَرِيبِ خُصُومَةٌ لَا يَقْبَلُ هَدِيَّتَهُ، وَكَذَا إِذَا زَادَ الْمُهْدِي عَلَى الْمُعْتَادِ أَوْ كَانَتْ لَهُ خُصُومَةٌ لِأَنَّهُ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ فَيَتَحَامَاهُ.

الصَّدَقَةِ، فَلَمَّا قَدِمَ قَالَ: هَذَا لَكُمْ، وَهَذَا أُهْدِيَ لِي. قَالَ ﷺ: «فَهَلَّا جَلَسَ فِي بَيْتِ أَبِيهِ، أَوْ بَيْتِ أُمِّهِ، فَيَنْظُرَ أَيُهْدَى لَهُ أَمْ لَا؟»[1].

وقال البُخَارِيُّ أيضًا في «الصحيح»: قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ: «كَانَتِ الْهَدِيَّةُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللهِ ﷺ هَدِيَّةً، وَالْيَوْمَ رِشْوَةٌ»[2]. ذكرَه في بابِ «الهبة».

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «رُوِيَ أَنَّ [١٠/١٥٦و/د] النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا بَعَثَ ابْنَ رَوَاحَةَ إِلَى أَهْلِ خَيْبَرَ؛ أَهْدَوْا لَهُ، فَرَدَّهُ وَقَالَ: هُوَ سُحْتٌ»[3].

وعن مَسْرُوقٍ قال: «الْقَاضِي إِذَا أَخَذَ الْهَدِيَّةَ فَقَدْ أَكَلَ السُّحْتَ، وَإِذَا أَخَذَ الرِّشْوَةَ فَقَدْ بَلَغَتْ بِهِ الْكُفْرَ»[4].

أَمَّا جوازُ قبولِ الهِبةِ مِن ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، أوْ مِن رَجُلٍ بيْنَه وبيْنَ القاضي

= ساعيًا على بني ذُبْيان. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«د».

(١) هذا جزء من أخرجه: البخاري في كتاب الهبة وفضلها/ باب من لم يقبل الهدية لعلة [رقم/ ٢٤٥٧]، ومسلم في كتاب الإمارة/ باب تحريم هدايا العمال [رقم/ ١٨٣٢]، وغيرهما من حديث: أبي حُمَيْدٍ السَّاعِدِيِّ ﷺ. وهذا لفظ البخاري.

(٢) علّقه البخاريُّ في كتاب الهبة وفضلها/ باب من لم يقبل الهدية لعلة [٢/٩١٦]. ووصَلَه عبدُ الله بن أحمد في «زوائد الزهد» [ص/ ٢٣٩]، عن عُمَر بْن عَبْدِ الْعَزِيزِ ﷺ به.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢١٩٦٧]، من طريق: الحارث بن عُمَيْر عن يحيى بن سعيد الأنصاريِّ قَالَ: «لَمَّا بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ ابْنَ رَوَاحَةَ إِلَى أَهْلِ خَيْبَرَ أَهْدَوْا لَهُ فَرْوَةً، فَقَالَ: هُوَ سُحْتٌ».

(٤) أخرجه: النسائي في كتاب الأشربة/ ذكر الرواية المبينة عن صلوات شارب الخمر [رقم/ ٥٦٦٥]، وابن أبي شيبة [رقم/ ٢١٩٥٢]، عَنْ مَسْرُوقٍ ﷺ به.

وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً؛ لِأَنَّ الْخَاصَّةَ لِأَجْلِ الْقَضَاءِ فَيُتَّهَمُ

مُهاداةٌ قبلَ القضاءِ؛ فلأنَّ الأوَّلَ صلةٌ، والثاني جرَيٌ على العادةِ، فلا يُكرَهُ إلا أن يَزِيدَ على ما قبلَ القضاءِ، وإلا أنْ يَقَعَ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ خُصُومَةٌ معَ آخرَ، فتُكرَهُ الهديةُ حينَئذٍ؛ لأنه للحُكْمِ، فلا تحِلُّ.

والحاصلُ هنا: ما قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» للخَصَّافِ: «إذا أُهْدِيَ إلى القاضي هديَّةٌ: إنْ علِم القاضي أن له خُصُومةً؛ لا يَقْبَلُ؛ لأنه لو أخذَه فقد أكَلَ بقضائِه، وذلك حرامٌ، وإنْ علِم ألَّا خصومةَ له؛ الأفضلُ له ألَّا يأْخُذَ؛ لأنه لا يَخْلُو عن الشُّبْهَةِ، وإنْ أخَذ لا بأسَ به.

وإن كان بينَ القاضي وبينَ ذلك المُهْدِي تهادٍ قبلَ القضاءِ، فأهدَى إليه، إنْ كانت الهديَّةُ على حسبِ ما كان عليه قبلَ القضاءِ؛ فإنه لا بأسَ به، وإنْ كان زيادةً على ذلك، فالزيادةُ إنما [١٠/١٥٦ظ/د] كانت لتقلُّدِه القضاءَ، فلا يأْخُذُ مقدارَ الزِّيادةِ، وإنْ كان بينَهما سببٌ مُوجِبٌ للهديَّةِ كالقَرابةِ؛ فلا بأسَ أنْ يَقْبلَ منه ذلك، وإنْ لَمْ يَكُنْ بينَهُما سببٌ مُوجِبٌ [٢/٢٢٤و] للهديَّةِ فلا يَأْخُذُ».

وقال النَّاصِحِيُّ: «فإنْ كانت له خُصُومةٌ لم يَقْبَلْ منه هديَّةً أيضًا ما دامتْ له خصومةٌ؛ لأنه تَدْخُلُ عليه التهمةُ، فإنْ قَبِلَ منه هديَّةً بعدَ الخُصُومةِ لم تَسْقُطْ عدالتُه؛ لأنه أهدَى إليه جَرْيًا على أفعالِه الأُولى لا للحُكْمِ، فلا تَسْقُطُ عدالتُه».

[٥/٣١٣و/م] **وقال في «شرح الأقطع»:** «والفرقُ بينَ الرِّشْوَةِ والهديَّةِ: أن الرِّشْوَةَ: هو أنْ يُعْطيَه بشَرْطِ أنْ يُعِينَه، والهديةُ ألَّا يَكُونَ معَها شرْطٌ»[١].

قولُه: (وَلَا يَحْضُرُ دَعْوَةَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ عَامَّةً)، هذا لَفْظُ القُدُوريِّ في **«مختصره»**[٢].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٠].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

بِالْإِجَابَةِ، بِخِلَافِ الْعَامَّةِ، وَيَدْخُلُ فِي هَذَا الْجَوَابِ قَرِيبُهُ وَهُوَ قَوْلُهُمَا. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُجِيبُهُ وَإِنْ كَانَتْ خَاصَّةً كَالْهَدِيَّةِ، وَالْخَاصَّةُ مَا لَوْ عَلِمَ الْمُضِيفُ أَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَحْضُرُهَا لَا يَتَّخِذُهَا.

غاية البيان

قال الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «ولا يُجِيبُ الدعوةَ الخاصَّةَ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وقال محمَّدٌ: لا بأسَ أنْ يُجِيبَ الدعوةَ الخاصَّةَ للقَرابةِ»[1].

وقال الإمامُ الأَسْبِيْجَابيُّ في «شرح الطَّحَاويِّ»: «ذكَر الطَّحَاوِيُّ هذا الاختلافَ ولم يذْكُرِ الاختلافَ في قبولِ الهِبةِ، فإنه قال: «يَجُوزُ قَبُولُ الهِبةِ مِن ذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ»، ثم الدعوةُ العامَّةُ إنما يحْضُرُها القاضي إذا لم يَكُنِ المُضِيفُ أحدَ الخصْمَيْنِ، فإذا كان أحدَهما فلا يحْضُرُها، وكذلك في عيادةِ المريضِ إنما يَعُودُه إذا لم يَكُنْ خصمًا، فإذا كان فلا؛ لأن فيه [١٠/١٥٧و/د] إيذاءَ الخصْمِ الآخَرِ وتهمةَ المَيْلِ»[2]، وبه صَرَّح صدْرُ الإسلامِ في «مبسوطه».

وجُمْلتُه: ما قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» للخَصَّاف: ويُجِيبُ الدعوةَ إذا كانت دعوةَ العامَّةِ، فإنَّ النبيَّ ﷺ كان يُجِيبُ الدعوةَ، وكان يَقُولُ: «مَنْ لَمْ يُجِبِ الدَّعْوَةَ فَقَدْ عَصَى أَبَا الْقَاسِمِ»[3]، وكان الصحابةُ يُجِيبونَ الدعوةَ، ولكن لا يُجِيبُ الدعوةَ الخاصَّةَ؛ لأنه يَأْكُلُ بقضائِه، ولا يَنْبَغِي له أنْ يَأْكُلَ بقضائِه؛ لأنَّ الدعوةَ الخاصَّةَ مما يَجْرِي فيه الكلامُ مِن كلِّ نوعٍ، وربَّما يَجْرِي شيءٌ مِن الخصوماتِ فيتَّهِمُه الخصومُ في أن القاضيَ يَتَكَلَّمُ بشيءٍ مِن خصومَتِنا في دارِ فلانٍ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٢٢٦].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/ ٤١٧].

(٣) أخرجه: مسلم في كتاب النكاح/ باب الأمر بإجابة الداعي إلى دعوة [رقم/ ١٤٣٢]، وأبو يعلى في «مسنده» [٢٩٥/١٠]، والحميدي في «مسنده» [٤٩٣/٢]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٢٦١/٧]، من حديث أبي هريرة ﷺ به. واللفظ هنا لأبي يعلى.

قال: قَالَ: وَيَشْهَدُ الْجِنَازَةَ، وَيَعُودُ الْمَرِيضَ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ حُقُوقِ الْمُسْلِمِينَ،

غاية البيان

وفَرْقُ ما بينَ الدعوةِ الخاصَّةِ والعامَّةِ قالوا: إنْ كان خمسةُ نفرٍ أوْ ستَّةُ نفرٍ إلىٰ عشرةٍ؛ فهي دعوةٌ خاصَّةٌ، فإنْ جاوزَ العشرةَ فهي دعوةٌ عامَّةٌ، والصحيحُ: أن صاحبَ الدعوةِ إنْ كان بحالٍ لو علِم أن القاضيَ لا يَحْضُرُ؛ لا يَمْتَنِعُ مِن اتِّخاذِ الدعوةِ، فإن القاضيَ يُجِيبُ هذه الدعوةَ، فهذه دعوةٌ عامَّةٌ.

وإنْ كان بحالٍ لو عِلِم صاحبُ الدعوةِ أنه لو اتَّخذَ الدعوةَ لا يَحْضُرُها القاضي؛ يَمْتَنِعُ، ولا يتخذُ [١٠/١٥٧ظ/د] الدعوةَ، فهذه دعوةٌ خاصَّةٌ، فلا يُجِيبُها القاضي؛ لأنه إذا كان صاحبُ الدعوةِ يمْتَنِعُ منِ اتِّخاذِ الدعوةِ إذا كان القاضي يَمْتَنِعُ عن الحضورِ فهذه الدعوةُ اتُّخِذَتْ للقاضي، فلو حضَرَها القاضي كان آكِلًا بقضائِه، ولا يَنْبَغِي له أنْ يَأْكُلَ بقضائِه.

وإنْ كان يَتَّخِذُ الدعوةَ معَ عِلْمِه أن القاضيَ لا يَحْضُرُها: فهذه الدعوةُ ما كانت لأجْلِ القاضي، فإذا [٥/٣١٣ظ/م] حضَر لا يَكُونُ آكِلًا بقضائِه، وهذا إذا لَمْ يَكُنْ بينَ صاحبِ الدعوةِ وبينَ القاضي قَرَابةٌ، أوْ لَمْ يَكُنْ بينَهُما هذه المُبَاسَطةُ قبلَ القضاءِ، فأمَّا إذا كان بينَهُما قَرَابةٌ، أوْ كان بينَ القاضي وبينَ صاحبِ الدعوةِ هذه المُباسَطةُ قبلَ القضاءِ، فمتَىٰ أضافَه؛ يُجِيبُه القاضي، ويَكُونُ ذلك مُحالًا علىٰ السَّبَبِ السابقِ لا علىٰ القضاءِ؛ لأنَّ أمورَ المسلمين محمولةٌ علىٰ الصلاحِ والسَّدادِ ما أمْكَنَ، فلا يَكُونُ آكِلًا بقضائِه.

قولُه: (قَالَ: وَيَشْهَدُ الْجِنَازَةَ، وَيَعُودُ الْمَرِيضَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[١]، **وذلك**: لأنه أمْرٌ مندوبٌ إليه، وليس فيه تهمةٌ أيضًا، وكان رَسُولُ اللهِ ﷺ يَشْهَدُ الجنازةَ، ويَعُودُ المريضَ[٢]، وهو مُقْتَدَىٰ [١٠/١٥٨و/د] الحُكَّامِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٢) أخرجه: الترمذي في كتاب الجنائز/ باب آخر [رقم/ ١٠١٧]، وابن ماجه في كتاب الزهد/ باب=

قال ﷺ: «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ» وَعَدَّ مِنْهَا هَذَيْنِ.

غاية البيان

قال تعالى: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ [٢/٢٢٤ط] حَسَنَةٌ﴾ [الأحزاب: ٢١].

قولُه: (قَالَ ﷺ: «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتَّةُ حُقُوقٍ»(١) وَعَدَّ مِنْها هذَيْنِ).
أي: عَدَّ مِن تلك السِّتَّةِ: شهودَ الجنازةِ، وعيادةَ المريضِ.

روَى أَبُو أَيُّوبَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «لِلْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ سِتُّ خِصَالٍ وَاجِبَةٌ، إِنْ تَرَكَ شَيْئًا مِنْهَا؛ فَقَدْ تَرَكَ حَقًّا وَاجِبًا عَلَيْهِ: إِذَا دَعَاهُ أَنْ يُجِيبَهُ، وَإِذَا مَرِضَ أَنْ يَعُودَهُ، وَإِذَا مَاتَ أَنْ يَحْضُرَهُ، وَإِذَا لَقِيَهُ أَنْ يُسَلِّمَ عَلَيْهِ، وَإِذَا اسْتَنْصَحَهُ أَنْ يَنْصَحَهُ، وَإِذَا عَطَسَ أَنْ يُشَمِّتَهُ(٢)»(٣).

= البراءة من الكبر والتواضع [رقم/ ٤١٧٨]، وعبد بن حميد في «مسنده/ المنتخب» [ص/ ٣٦٩]، والبيهقي في «شعب الإيمان» [٦/٢٨٩]، من طريق مُسْلِمٍ الأَعْوَرِ، عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ قَالَ: كَانَ رَسُولُ اللهِ ﷺ يَعُودُ الْمَرِيضَ، وَيَشْهَدُ الْجَنَازَةَ».

قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا مِن حديث مسلم، عن أنس، ومسلمُ الأعْوَر يُضَعَّف، وهو مسلمُ بن كيسان المُلائِيُّ، تُكُلِّم فيه».

وقال ابنُ حجر: «أخرجه الترمذي وابن ماجة والحاكم، وفيه مسلم بن كيسان الأعْوَر، وهو ضعيف». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/٢٤٢].

(١) سيأتي تخريجه.

(٢) ذكرَ هذا الحديثَ في: «تنبيه الغافلين» في باب: الرحمة والشفقة. كذا بخطِّ المُؤلِّف على حاشية نُسخته. قال كاتبُه: ورأيتُ على حاشية نُسْخته تحته بخطِّ الإمام العَيْنِيِّ يَنْكُتُ عليه: الحديثُ في الصحيحين، ولا يحتاج إلى الحَوَالة إلى التنبيه. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د». وينظر: «تنبيه الغافلين» [ص/ ٣٨٤]، وتنكيتُ العَيْنِيِّ ليس في محلِّه؛ لأن الحديث بهذا السياق ليس في «الصحيحين» قطْعًا، فالصوابُ مع المؤلِّف في حَوالته.

(٣) أخرجه: البخاري في «الأدب المفرد» [ص/ ٣١٧]، وهناد بن السريِّ في «الزهد» [٢/٤٩٨]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٤/١٨٠]، من حديث أبي أيُّوب الأنصاريِّ ﷺ به نحوه.

قال الهيثميُّ: «رواه الطبراني، وعبدُ الرحمن [يعني: ابن زِيادٍ الأَفْرِيقِيّ] وثَّقه يحيى القطانُ وغيره، وضَعَّفه جماعة، وبقيةُ رجاله ثقات». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٨/٣٣٧].

وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - نَهَى عَنْ ذَلِكَ، وَلِأَنَّ فِيهِ تُهْمَةً.

قَالَ: وَإِذَا حَضَرَا سَوَّىٰ بَيْنَهُمَا فِي الْجُلُوسِ وَالْإِقْبَالِ؛ لِقَوْلِهِ - ﷺ -

وحدَّثَ البُخَارِيُّ في «الصحيح» - في بابِ الأَمْرِ بِاتِّبَاعِ الجَنَائِزِ -: بإسنادِه إلى سَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ، أَنَّ أَبَا هُرَيْرَةَ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «حَقُّ المُسْلِمِ عَلَى المُسْلِمِ خَمْسٌ: رَدُّ السَّلَامِ، وَعِيَادَةُ المَرِيضِ، وَاتِّبَاعُ الجَنَائِزِ، وَإِجَابَةُ الدَّعْوَةِ، وَتَشْمِيتُ العَاطِسِ»[1].

قولُه: (وَلَا يُضَيِّفُ أَحَدَ الْخَصْمَيْنِ دُونَ خَصْمِهِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وفي بعضِ النُّسَخِ: «دون صاحبه»[2].

وذلك: لِمَا رُوِيَ في «الشامل» وغيرِه عَنْ عَلِيٍّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «نَهَانَا رَسُولُ اللهِ أَنْ نُضَيِّفَ الْخَصْمَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ خَصْمُهُ مَعَهُ»[3]، ولأن الإضافةَ والخلْوةَ تُورِثُ التهمةَ.

قولُه: (وَإِذَا حَضَرَا سَوَّىٰ بَيْنَهُمَا فِي الْجُلُوسِ وَالْإِقْبَالِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الجنائز/ باب الأمر باتباع الجنائز [رقم/ ١١٨٣]، ومسلم في كتاب السلام/ باب من حق المسلم للمسلم رد السلام [رقم/ ٢١٦٢]، وغيرهما من حديث: أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ.

(٢) لَمْ نظفَر بهذا الاختلاف في النُّسَخ الستة مِن «الهداية»، ولا في نسخة نصر الله الحنفي [٢/ق/ ٤٢/ب/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون - أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)]. ولا أشار إليه المؤلِّف - كعادته - في حاشية النسخة التي بخطِّه مِن «الهداية» [٢/ق٤٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا].

(٣) أخرجه: ابن راهويه في «مسنده» كما في «المطالب العالية» [١٠/ ١٧٧]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٦/ ١٣٧]، مِن حديث: عَلِيٍّ ﷺ.

قال البيهقي: «إسناده ضعيف». وينظر: «البدر المنير» لابن الملقن [٩/ ٦٠٠].

«إذَا ٱبْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالْقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي الْمَجْلِسِ وَالْإِشَارَةِ وَالنَّظَرِ» وَلَا يُسَارَّ أَحَدَهُمَا وَلَا يُشِيرُ إلَيْهِ وَلَا يُلَقِّنُهُ حُجَّةً لِلتُّهْمَةِ وَلِأَنَّ فِيهِ مَكْسَرَةً لِقَلْبِ الْآخَرِ

غاية البيان

في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يُسَارَّ أحدَهما، ولا يُشِيرُ إليه، ولا يُلَقِّنُه حُجَّةً»[1]، هذا كلُّه لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ.

والمرادُ مِن الإقبالِ: تسويةُ النظرِ مِن [١٠/١٥٨ظ/د] الجانبَيْنِ، وذلك لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إذَا ٱبْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالْقَضَاءِ، فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي الْمَجْلِسِ، وَالْإِشَارَةِ، [٥/٣١٤و/م] وَالنَّظَرِ»[2].

ورُوِيَ عن عُمَرَ ﷺ: أَنَّهُ كَتَبَ إِلَىٰ أَبِي مُوسَىٰ عَبْدِ اللهِ بْنِ قَيْسٍ الْأَشْعَرِيِّ: «آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ، وَعَدْلِكَ، وَمَجْلِسِكَ، حَتَّىٰ لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ، وَلَا يَيْأَسَ ضَعِيفٌ مِنْ عَدْلِكَ»[3].

قال المُبَرِّدُ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ«الكامل»: «قولُه: «آسِ بَيْنَ النَّاسِ فِي وَجْهِكَ، وَعَدْلِكَ، وَمَجْلِسِكَ». يقولُ: سَوِّ بينَهم، وتقديرُه: اجعَل بعضَهم أُسْوَةَ بعضٍ»[4].

قولُه ـ أي: قولُ عُمَرَ في كتابِه ـ: «حَتَّىٰ لَا يَطْمَعَ شَرِيفٌ فِي حَيْفِكَ»: أي: في مَيْلِكَ معَه لشَرَفِه، ولأن في هذه الأشياءِ مِن مُسَارَّةِ أحدِهما، والإشارةِ إليه، والإقبالِ، وتلقينِ الحُجَّةِ تهمةً، فيَجِبُ على القاضي ألَّا يَفعَلَ شيئًا يُؤَدِّي إلى التهمةِ، ولأنَّ في ذلك إعانةً لأحدِ الخصمَيْنِ، وكَسْرِ قلْبِ الآخَرِ، ثم الإشارةُ إمَّا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٢) أخرجه: إسحاق بن راهويه في «مسنده» [رقم/ ٣٢]، وأبو يعلى في «مسنده» [رقم/ ٥٨٦٧]، والطبراني في «المعجم الكبير» [٣٨٦/١١]، من حديث: أُمِّ سَلَمَةَ ﷺ به نحوه في سياق أتم.

(٣) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٢٠٦/٤]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٥٠/١٠]، من طريقين عن عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ﷺ به نحوه في سياق قصة.

(٤) ينظر: «الكامل» للمبرد [١٦/١].

يَتْرُكُ حَقَّهُ وَلَا يَضْحَكُ فِي وَجْهِ أَحَدِهِمَا؛ لِأَنَّهُ يَجْتَرِئُ عَلَى خَصْمِهِ (وَلَا يُمَازِحُهُمْ وَلَا وَاحِدًا مِنْهُمْ) لِأَنَّهُ يُذْهِبُ بِمَهَابَةِ الْقَضَاءِ.

قال: قَالَ: وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ وَمَعْنَاهُ أَنْ يَقُولَ لَهُ أَتَشْهَدُ بِكَذَا وَكَذَا، وَهَذَا لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ فَيُكْرَهُ كَتَلْقِينِ الْخَصْمِ.

غاية البيان

أنْ تَكُونَ بالرأسِ، أوْ بالعينِ، أوْ بالحاجِبِ، وكلُّ ذلك مَنْهِيٌّ شرعًا.

قولُه: (وَلَا يَضْحَكُ فِي وَجْهِ أَحَدِهِمَا)، ذكرَه تفريعًا على ما تقدَّم، وكذا قولُه: (وَلَا يُمازِحُهُمْ وَلَا وَاحِدًا مِنْهُمْ).

قال في «**الشامل**» في قسم «**المبسوط**»: ولو اعتَرَاه هَمٌّ، أوْ نُعاسٌ، أوْ غضَبٌ، أوْ جوعٌ، أوْ عطَشٌ، أوْ حاجةٌ حيوانيةٌ [١٠/١٥٩و/د]؛ كفَّ عن القضاءِ؛ لقوله ﷺ: «**لَا يَقْضِي الْقَاضِي حِينَ يَقْضِي وَهُوَ غَضْبَانُ**»[1]، ولأنه يمنَعُ كلَّ واحدٍ من هذه المعاني عن القضاءِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُكْرَهُ تَلْقِينُ الشَّاهِدِ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**»، وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه أنه كان يَكْرَهُ أنْ يُلَقِّنَ الشاهدُ»[2].

قال فخرُ الإسلامِ وغيرُه في «شُروح الجامع الصغير»: وتفسيرُه بأنْ يقُولَ له القاضي: أَتَشْهَدُ بكذا وكذا، وهذا قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وهو القياسُ، ثم رجعَ أبو يوسفَ عن هذا، واستحْسَن ورَخَّص في التلقينِ في غيرِ موضعِ التهمةِ، كما إذا تركَ لفْظَ الشهادةِ مثلًا.

ذكرَ رجوعَ أبي يوسفَ: في «**إشارات الأسرار**»؛ لأن القضاءَ مَشْرُوعٌ لإحياءِ

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الأحكام/ باب هل يقضي القاضي أو يفتي وهو غضبان [رقم/ ٦٧٣٩]، ومسلم في/ باب كراهة قضاء القاضي وهو غضبان [رقم/ ١٧١٧].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٠٢].

وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يَحْصَرُ لِمَهَابَةِ الْمَجْلِسِ فَكَانَ تَلْقِينُهُ إِحْيَاءً لِلْحَقِّ بِمَنْزِلَةِ الْإِشْخَاصِ وَالتَّكْفِيلِ، والله أعلم.

غاية البيان

[٢/٢٢٥و] حُقُوقِ الناسِ، وقد يَحْصَرُ الشاهدُ عن البيانِ؛ لمهابةِ مجلسِ القضاءِ، فكان في تَلقِينِه إحياءُ الحقوقِ، فصحَّ، كالإشخاصِ والتكفيلِ، ولم يَكُنْ ذلك مِن جنسِ إعانةِ أحدِ الخصمينِ.

بخلافِ ما إذا كان التلقينُ في موضعِ التهمةِ، حيثُ يَبْطُلُ ذلك؛ لأنه إعانةٌ، مِثْلما إذا ادَّعَىٰ ألفًا وخمسمائةٍ، وشهدَ الشاهدُ بالألفِ، والقاضي لقَّنَه بقولِه: يَحتمِلُ أنه أبرَأ عن الخمسِ مئةٍ، فتلقَّن [٥/٣١٤ظ/م] الشاهدُ ذلك وَوفَّقَ به، فلا يَجُوزُ اتفاقًا.

ولهما: أن تَلْقِينَ الشاهدِ إعانةٌ لأحدِ الخَصْمَيْنِ [١٠/١٥٩ظ/د] علىٰ الآخرِ، وما دونَ التلقينِ مما فيه تهمةُ الميلِ حرامٌ علىٰ القاضي، فالتلقينُ أَوْلَىٰ أنْ يَحْرُمَ، وصار كتلقينِ الخصمِ، فلا يَجُوزُ ذلك، فكذا هذا، ولأنَّ الشاهدَ إذا شهِد بالتلقُّنِ كانت الشهادةُ بالتلقينِ لا بالعِلْمِ، فلا تَجُوزُ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦]. ولقولِه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِۦ عِلْمٌ﴾ [الإسراء: ٣٦]، ولأنه إذا لقَّنَه ربَّما يُلَقِّنُه بخلافِ ما عندَ الشاهدِ، فيَظُنُّ أنه مِثْلُ ما عندَه، فيشهدُ، فلا يَجُوزُ أنْ يَشْهَدَ بخلافِ ما عندَه.

قولُه: (وَاسْتَحْسَنَهُ أَبُو يُوسُفَ)، تأخيرُ دليلِ أبي يوسفَ يَدُلُّ علىٰ أن المصنِّفَ اختارَ قولَه.

قولُه: (قَدْ يَحْصَرُ)، بالصادِ المهملةِ، مِن بابِ: عَلِمَ، أي: يَعْيَا.

قولُه: (بِمَنْزِلَةِ الْإِشْخَاصِ)، يُقَالُ: شخَصَ مِن بلدٍ إلىٰ بلدٍ، أي: ذهَب شُخوصًا، وأشخَصه غيرُه، والمرادُ مِن الإشخاصِ: الإعْداءُ[1].

---

(١) الإعْداءُ: مصدر أعدَىٰ يُعْدِي، إذا طلَبَ حضورَ الشيءِ، وأعْدَىٰ قِرْنَه، أي: اسْتَحْضَره. ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارابي [٤/١٠٠].

فَصْلٌ
في الحَبْس

غاية البيان

فَصْلٌ
في الحَبْس

لَمَّا كان الحَبْسُ مِن أنواعِ حُكْمِ القاضي: ذكَرَه في فَصْلٍ على حِدَةٍ.

اعلم: أن الحَبْسَ مَشْرُوعٌ؛ لقوله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْاْ مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣]، والمرادُ منه: الحَبْسُ عُقُوبةً على قُطَّاعِ الطريقِ.

ورَوَى صاحبُ «السنَن»: مُسْنَدًا إلى رسولِ اللهِ ﷺ قال: «لَيُّ الْوَاجِدِ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ»[(١)]. قَالَ ابْنُ الْمُبَارَكِ: «يُحِلُّ عِرْضَهُ: أَي: يُغَلَّظُ لَهُ، وَعُقُوبَتُهُ: أَي: يُحْبَسُ لَهُ».

ورَوَى [١٠/١٦٠و/د] صاحبُ «السنن» أيضًا: بإسنادِه إلى مَعْمَرٍ، عَنْ بَهْزِ بْنِ حَكِيمٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَبَسَ رَجُلًا فِي تُهْمَةٍ»[(٢)].

وذكَرَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»: عن سَلَّامِ بْنِ مِسْكِينٍ: «أَنَّ نَاسًا مِنْ أَهْلِ الْحِجَازِ، اقْتَتَلُوا فَقَتَلُوا بَيْنَهُمْ قَتِيلًا، فَبَعَثَ إِلَيْهِمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ فَحَبَسَهُمْ».

ورَوَى في «الفائق»[(٣)] وغيرِه: أن عليًّا رضي الله عنه بنى سِجْنًا مِن قَصَبٍ، فسَمَّاه نافعًا، فنَقَبه اللصوصُ، ثم بنى سِجْنًا مِن مَدَرٍ، فسَمَّاه مُخَيَّسًا، ثم قال[(٤)]:

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) مضى تخريجه.

(٣) ينظر: «الفائق في غريب الحديث والأثر» للزمخشري [١/٤٠٥].

(٤) في: «ديوانه» [ص/ ١١٤].

قال: وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي، وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ، لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبْسِهِ، وَأَمَرَ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْحَبْسَ جَزَاءُ الْمُمَاطَلَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ

أَلَا تَرَانِي كَيِّسًا مُكَيَّسًا ✦ بَنَيْتُ بَعْدَ نَافِعٍ مُخَيَّسًا

بَابًا حَصِينًا وَأَمِينًا كَيِّسًا

وهذا كلُّه دليلٌ على أن الحَبْسَ مَشْرُوعٌ، ومِن جهةِ النظرِ: أن القاضي منصوبٌ لإيصالِ ذوي الحُقُوقِ إلى حقوقِهم، فإذا امتنع المطلوبُ مِن أداءِ حقِّ الطالبِ، لم يَكُنْ بُدٌّ للقاضي أنْ يُجْبِرَه على أداءِ الحقِّ للطالبِ، ولا خلافَ بيْنَ الناسِ ألَّا يُجْبِرَهُ بالضربِ، فيَنْبَغِي [٥/٣١٥و/م] أنْ يُجْبَرَ عليه بالحبسِ.

والمُخَيَّسُ: موضعُ التخييسِ، وهو: التذليلُ.

والكَيِّسُ: حُسْنُ التأنِّي في الأمورِ، والمكيَّسُ: المَنْسُوبُ إلى الكَيْسِ المعروفِ به.

وأمِينًا: أي: ونَصَبْتُ أمِينًا، يعني: السَّجَّان. كذا في «الفائق».

قوله: (قَالَ: وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي، وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ؛ لَمْ يُعَجِّلْ بِحَبْسِهِ، وَأَمَرَ بِدَفْعِ مَا عَلَيْهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ [٢/٢٢٥ط] في «مختصره»[١]، وذلك: لأن الحَبْسَ [١٠/١٦٠ط/د] عُقُوبَةٌ؛ لقوله ﷺ: «لَيُّ الْوَاجِدِ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ»[٢]، والعقوبةُ لا تَجِبُ على أحدٍ إلا بمَعْنًى يُوجَدُ مِن جِهَتِه، ولَمْ يُوجَدْ، فلا يَجِبُ الحَبْسُ، بخلافِ ما إذا امتنَع عن دَفْعِ ما عليه، حيثُ وُجِدَ منه الظلمُ بالمُمَاطَلَةِ؛ لقوله ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»[٣]، فاسْتَحقَّ الحَبْسَ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

(٢) مضى تخريجه.

(٣) جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب الحوالات/ باب في الحوالة وهل يرجع في الحوالة=

....

قال صاحبُ «الهداية»: «وَهَذَا إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ»، يعني: إنما لَمْ يُعَجِّلِ القاضي بحَبْسِ الغريمِ إذا ثبتَ الدَّيْنُ بالإقرارِ؛ لأنه لا يَتَحَقَّقُ المَطْلُ في أوّلِ مرّةٍ، بخلافِ ما إذا ثبتَ بالبيِّنَةِ، حيثُ يُعَجِّلُ بحَبْسِه؛ لأن البيِّنَةَ إنما يَحْتاجُ إليها عند الجحودِ، وبجحودِ الحقِّ يَكُونُ ظالمًا، فيَسْتَحِقُّ الحَبْسَ، كما ثبتَ الحقُّ.

قال قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «وعلى قولِ الخَصَّافِ في البيِّنَةِ أيضًا: لا يُحْبَسُ في أوَّلِ الوَهْلَةِ».

وقال الإمامُ أبو محمد النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «وإذا ثبتَ المالُ على المُدَّعَى عليه بِبَيِّنَةٍ أو إِقْرَارٍ، فطلَب المُدَّعِي حَبْسَه؛ تَأَنَّى القاضي فيه، وأَمَرَه أنْ يَخْرُجَ إليه مِن حقِّه، فإنْ لم يَفْعَلْ، وأعادَه عليه يُرِيدُ حَبْسَه، فإن القاضيَ يحْبِسُه له». إلى هنا لَفْظُ الخَصَّافِ بعَيْنِه في «كتابِه»[1].

وقال النَّاصِحيُّ[2]: «وإنما قُلنا: له أنْ يَتَأَنَّى؛ لأن الحَبْسَ عُقُوبةٌ، فلا يُعَجِّلُ [١٠/١٦١و/د] بالعقوبةِ قبلَ أنْ يُظْهِرَ الامتناعَ، ولأنه يُعْلِمُه بما يُرِيدُ أنْ يُمْضِيَ عليه إذا لَمْ يُؤَدِّ، فلَعَلَّه يُؤَدِّي مِن غيرِ حَبْسٍ، فيَكُونُ أحسنَ، كما قُلْنا في النُّكُولِ أنه يُعْلِمُه بما يُرِيدُ أنْ يُمْضِيَ عليه، فإنْ لم يفْعَلْ وأعادَه؛ حَبَسَه؛ لِمَا رُوِيَ أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال: «لَيُّ الْوَاجِدِ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ»[3].

وفي بعضِ الرواياتِ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ، يُحِلُّ عِرْضَهُ، وَعُقُوبَتَهُ». إلى هنا

= [رقم/ ٢١٦٦]، ومسلم في/ باب تحريم مطل الغني وصحة الحوالة واستحباب قبولها إذا أحيل على ملي [رقم/ ١٥٦٤]، وغيرهما من حديث: أبي هُرَيْرَةَ ﷺ.

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٢/٣٦١].

(٢) يعني: في بعض نُسَخ «تهذيب القاضي». كذا بخطه. كذا جاء في حاشية: «م».

(٣) مضى تخريجه.

ظُهُورِهَا، وَهَذَا إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَعْرِفْ كَوْنَهُ مُمَاطِلًا ....

غاية البيان

لَفْظُ النَّاصِحِيِّ في «كتابِه».

وقال الصدرُ الشهيدُ: «وهذا مذهبُنا، وكان شُرَيْحٌ يَحْبِسُ بالإقرارِ [...] مرَّةً؛ احتياطًا لأموالِ الناسِ»(١).

قال في «الأجناس»: «قال في «كفالة الأصل»(٢): قال أبو حنيفة: ينبغي للإمامِ أنْ يَحْبِسَ في الدُّيُونِ قَرْضًا كان أَوْ غَصْبًا، أَوْ ثَمَنَ مَبِيعٍ أَوْ مهرًا، لكن لا يَحْبِسُه في أوَّلِ ما تقدَّم إليه(٣)، ويَقُولُ له: قُمْ فَأَرْضِه، فإنْ عاد إليه حبَسَه، وهو قولُ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ، ثم سأل بعدَ حَبْسِه عن حالِه.

ثم الدَّيْنُ إذا ثبتَ فالقاضي لا يَسْأَلُ المُدَّعِي أَلَهُ مالٌ أمْ لا؟ بل إذا ثبت الدَّيْنُ يَحْبِسُهُ، لكن إذا ثبتَ الدَّيْنُ بالبيِّنةِ يحبِسُه في أوَّلِ وَهْلةٍ، وإذا ثبتَ بالإقرارِ يحبِسُه إذا ظهَر تعنُّتُه؛ بأنْ أُعِيدَ إلى مجلسِه ثانيًا.

ولا يَسْأَلُ المُدَّعِي: أَلَهُ مالٌ؟ إلا إذا ادَّعَى المَدْيُونُ العَسارَ، وطلَبَ من القاضي أنْ يَسْأَلَ المُدَّعِيَ، [فحينَئِذٍ يَسْأَلُ المُدَّعِيَ](٤)، فإنْ زعَم المُدَّعِي أنه مُعْسِرٌ؛ لا يَحْبِسُهُ، وإنْ زعَم أنه مُوسِرٌ، وزعَم المَدْيُونُ أنه مُعْسِرٌ: ففيه اختلافُ المشايخِ(٥)، سنذكُرُه بعدَ هذا إنْ شاء اللهُ تعالى.

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدبِ القاضي»: «قال الخَصَّافُ: والصوابُ عندنا ألَّا يحْبِسَهُ حتَّى يَسْأَلَ: ألكَ [١٠/١٦٦ظ/د] مالٌ؟ فإنْ أقرَّ حبَسَه، وإنْ قال: لا، قال

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصاف [٢/٣٦١].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٠/٤٨٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) في كتاب «الأجناس» قال: في أول ما يُقدَّمُ إليه. ينظر: الأجناس للناطفي [٢/١٧٦].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فتح»، و«غ»، و«ض».

(٥) ينظر: الأجناس للناطفي [٢/١٧٦].

فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ فَلَعَلَّهُ طَمِعَ فِي الْإِمْهَالِ فَلَمْ يَسْتَصْحِبْ [٤٢/د] الْمَالَ، فَإِذَا امْتَنَعَ بَعْدَ ذَلِكَ حَبَسَهُ لِظُهُورِ مَطْلِهِ، أَمَّا إِذَا ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ حَبَسَهُ كَمَا ثَبَتَ لِظُهُورِ الْمَطْلِ بِإِنْكَارِهِ.

قَالَ: فَإِنِ امْتَنَعَ حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ ....

غاية البيان

للطالبِ: أَلَكَ بَيِّنَةٌ على أنَّ له مالًا حتَّىٰ يَحْبِسَهُ؟ وهو قولُ الحسنِ بنِ زيادٍ».

ثم قال النَّاصِحِيُّ: «قال الشيخُ أبو بكرٍ الجَصَّاصُ: إن الذي ذكَره الخَصَّافُ أنه لا يَحْبِسُهُ حتَّىٰ يَسْأَلَ عنه؛ لا نَعْرِفُهُ عن أصحابِنا، والمشهورُ مِن مذهبِهم: حَبْسُه قبلَ المسألةِ عن إفلاسِه، ولا يُكَلَّفُ الطالبُ إثباتَ غِناه حتَّىٰ يَحْبِسَ.

وإنما يَحْبِسُه أوَّلًا؛ لأنه مُوسِرٌ إلا في المهرِ والكَفَالَةِ، لأنه لَمْ يَدْخُلْ بدَلٌ مُتَقَوِّمٌ في مِلْكِه، ولأن ما يَحْصُلُ بعقْدِ المُدَايَنةِ أوِ الغَصْبِ[1]، أو القَرْضِ في يدِه في الظاهرِ إلىٰ أنْ يُعْرَفَ زَوَالُه، ولَمْ يُعْرَفْ زَوَالُه، فحُكِمَ بأنه في يدِه قادرٌ علىٰ أدائِه، وأمَّا في المهرِ والكَفَالةِ: فلَمْ يَدْخُلْ شيءٌ مُتَقَوِّمٌ في مِلْكِه، فلَمْ يُحْكَمْ بقُدْرتِه علىٰ أدائِه».

[٢٢٦/٢و] قال النَّاصِحِيُّ: «قال أبو بكرٍ الجَصَّاصُ: الذي ذكَره الخَصَّافُ مِن الفرقِ بينَ المهرِ والكَفَالةِ وسائرِ الدُّيُونِ؛ لا نَعْرِفُهُ عن أصحابِنا؛ لأن الزوجَ والكَفِيلَ بالدخولِ في العَقْدِ مُقِرٌّ بقُدْرتِه علىٰ أداءِ ما التزَمه، فصار كسائرِ الدُّيُونِ في وجوبِ الحَبْسِ به».

قولُه: (فِي أَوَّلِ الْوَهْلَةِ)، يُقَالُ: لَقِيتُه أوَّلَ وَهْلةٍ؛ أي: أوَّلَ كلِّ شيءٍ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنِ امْتَنَعَ [١٦٢/١٠و/د] حَبَسَهُ فِي كُلِّ دَيْنٍ لَزِمَهُ بَدَلًا عَنْ مَالٍ حَصَلَ

---

(١) وقع بالأصل: «والغَصْب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

فِي يَدِهِ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ، أَوِ الْتَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ الْمَالُ

فِي يَدِهِ، كَثَمَنِ الْمَبِيعِ، أَوِ الْتَزَمَهُ بِعَقْدٍ كَالْمَهْرِ وَالْكَفَالَةِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[(١)]، فإنِ [٥/٣١٦و/م] امتنع الغريمُ عن أداءِ ما عليه حَبَسَه القاضي في كلِّ دَيْنٍ وجَبَ بدلًا عن مالٍ حَصَلَ في يدِه، كثَمَنِ المبيعِ والقَرْضِ، أوْ وجَبَ عليه بعَقْدٍ التزَمَه؛ كالمهرِ والكَفالةِ، ولكنَّه إنما يحْبِسُه إذا طلَبَ المُدَّعِي ذلك.

ألا تَرَىٰ إلىٰ ما قال فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «ولا يَحْبِسُهُ عندَنا في الإِقْرارِ والبَيِّنةِ إلا عندَ طلَبِ المُدَّعِي، وقال شُرَيْحٌ: يحْبِسُه مِن غيرِ طلَبِه. والصحيحُ: مذهبُنا؛ لأنَّ الحَبْسَ حقُّ المُدَّعِي، فلا يُسْتَوْفَىٰ إلا عندَ طلَبِه كاليمينِ».

قال الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «هذا الذي ذكَره القُدُورِيُّ روايةُ ابنِ شُجَاعٍ: أنه يُحْبَسُ في ذلك، ولا يُقْبَلُ قولُه في الإعسارِ».

ثم قال: «وذكَر الخَصَّافُ عن أصحابِنا: أنه يُحْبَسُ فيما كان بدلًا عن مالٍ حَصَلَ في يدِه خاصَّةً، ولا يُحْبَسُ فيما سِوَىٰ ذلك»[(٢)].

والأصلُ في ذلك: أن الأصلَ في الإنسانِ: الفقْرُ، والغِنَىٰ طارِئٌ، فوَجَبَ استصحابُ الحالِ حتَّىٰ يُعْلَمَ حدوثُ ما يُخَالِفُهُ، وما كان بدلًا عن مالٍ فقد عُلِمَ حصولُ الغِنَىٰ به، فسَقَط حُكْمُ الأصلِ، ووَجَب استصحابُ الغِنَىٰ حتَّىٰ يُعْلَمَ زَوَالُه، فلهذا لم يُصدَّقْ [١٠/١٦٢ظ/د] في الإعسارِ، وصار امتناعُه ظلمًا، فحُبِسَ لأجْلِه، وأمَّا ما التزَمَه بعَقْدٍ: فوجْهُ ما قاله ابنُ شُجَاعٍ[(٣)]: أنها حُقُوقٌ التزَمها بعَقْدٍ، والظاهرُ: أنه لا يَلْتَزِمُها إلا وهو قادرٌ علىٰ أدائِها، فإذا ادَّعَى الإعسارَ يُرِيدُ إسقاطَها

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥ - ٢٢٦].
(٢) ينظر: شرح مختصر القدوري للأقطع [٢/ق٣٢٣].
(٣) هو محمد بن شُجَاعٍ الثلْجِيُّ الإمام الفقيه، وقد تقدَّمَتْ ترجمتُه.

فِي يَدِهِ ثَبَتَ غِنَاهُ بِهِ، وَإِقْدَامُهُ عَلَىٰ الْتِزَامِهِ بِاخْتِيَارِهِ دَلِيلُ يَسَارِهِ إِذْ هُوَ لَا يَلْتَزِمُ إِلَّا مَا يَقْدِرُ عَلَىٰ أَدَائِهِ، ....

غاية البيان

عن نَفْسِه، فلا يُقْبَلُ قولُه ويُحْبَسُ.

ووجهُ ما ذكَره الخَصَّافُ: أن الحَبْسَ عقوبةٌ تُسْتَحَقُّ بالامتناعِ معَ الغِنَى، فلا يَجُوزُ إثباتُها بالظاهرِ كسائرِ العقوباتِ، فلا يقبلُ.

وحاصلُ المذهبِ عندَنا: أن القاضيَ لا يَسْأَلُ المُدَّعِيَ ألَهُ مالٌ أمْ لا؟ إلا إذا ادَّعَى المَدْيُونُ العَسارَ، فحينَئِذٍ يَسْأَلُه، فإنْ قال المُدَّعِي: إنه مُعْسِرٌ؛ خَلَّى سبيلَه، وإنْ قال: إنه مُوسِرٌ، وقال المَدْيُونُ: إني مُعْسِرٌ؛ ففيه اختلافُ المشايخِ، ورأى[1] الخَصَّافُ[2] أن القولَ قولُ المَدْيُونِ؛ لأنه مُتمَسِّكٌ بالأصلِ؛ إذِ العُسْرُ أصْلٌ في بني آدمَ، والغِنَى عارِضٌ[3].

وقيل: إنْ كان الدَّيْنُ وجَب عليه بدلًا عن مالٍ، كثَمَنِ متاعٍ، أوْ بدلِ قَرْضٍ؛ فالقولُ قولُ المُدَّعِي، وإذا كان بدلًا عمَّا ليس بمالٍ ـ كالمهرِ ونحوِه ـ فالقولُ قولُ المُدَّعَى عليه.

ونسَبَ الخَصَّافُ هذا القولَ في «أدب القاضي»[4] إلى أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ؛ لأنه إذا كان الدَّيْنُ بدلًا عمَّا هو مالٌ، فقد عُرِفَ دخولُ شيءٍ في مِلْكِه وقُدْرتِه على قضاءِ الدَّيْنِ بما دخَل [٥/٣١٦ظ/م] في مِلْكِه، فكان القولُ قولَ المُدَّعِي، وإذا كان بدلًا عمَّا ليس بمالٍ؛ لم يُعْرَفْ دخولُ شيءٍ في مِلْكِه وقُدْرتِه على قضاءِ [١٠/١٦٣و/د] الدَّيْنِ، فبَقِيَ متمَسِّكًا بالأصلِ أنه مُعْسِرٌ، فيَكُونُ القولُ قولَه.

---

(١) في: «ن»، و«ض»: «ورَوَى».

(٢) في: «ن»، و«ض»: «ورَوَى الخَصَّافُ».

(٣) ينظر: أدب القاضي مع شرحه (ص ٢١٩)، المحيط البرهاني (٨/٢٣٤)، البناية (٩/٢٩).

(٤) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٢/٣٦٢].

....

غاية البيان

وقال: «والروايةُ محفوظةٌ في كتابِ «العَتاق»: أن أحدَ الشريكَيْنِ في العبدِ إذا أعتقَ وزعمَ أنه مُعْسِرٌ؛ كان القولُ قولَه؛ لأن هذا الضَّمانَ [٢/٢٢٦ط] وجَبَ عليه لا بمقابلةِ شيءٍ دخَل في مِلْكِه».

وقال: «والروايةُ محفوظةٌ في كتابِ «النكاح» أن المرأةَ إذا ادَّعَتْ على زَوْجِها أنه مُوسِرٌ، وادعَتْ نفقةَ المُوسِرين، وزعمَ الزوجُ أنه مُعْسِرٌ ـ وعليه نفقةُ المُعْسِرين ـ فالقولُ قولُ الزوجِ؛ لأن السَّبب الذي وَجَبَ به النفقةُ دَيْنًا في ذمَّته لَمْ يَدْخُلْ في مِلْكِه شيءٌ بذلك السَّبَبِ، فبَقِيَ مُتَمَسِّكًا بالأصلِ»[1].

وقال الفقيهُ أبو جعفرٍ الهِنْدُوانِيُّ: «إنْ كان الدَّيْنُ لزِمه بمباشرةِ العَقْدِ؛ فالقولُ للمُدَّعِي، وإنْ كان الدَّيْنُ لَزِمَهُ حُكْمًا لا بمباشرتِه العَقْدَ؛ فالقولُ للمَدْيُونِ، فإنَّ الدَّيْنَ متى لَزِمَه بمباشرتِه فالظاهرُ مِن حالِ الإنسانِ: أنه لا يَشْرَعُ في أمرٍ لا يَقْدِرُ عليه، ولا يُمْكِنُه الوفاءُ به، فيَكُونُ ذلك دليلًا على أنه قادرٌ على القضاءِ، فإذا ادَّعى أنه عاجزٌ لا يُقْبَلُ قولُه.

فأمَّا إذا كان الدَّيْنُ لزِمَهُ حُكْمًا لا بمباشرةِ عَقْدٍ مِن جهتِه، فلَمْ يُوجَدْ دَلالةٌ على أنه قادرٌ على قضاءِ الدَّينِ، فكان القولُ قولَه في مسألةِ العَتاقِ ومسألةِ النفقةِ بسببِ النكاحِ؛ لأن ذلك ليس بِدَيْنٍ، بل هو [١٠/١٦٣ط/د] صِلةٌ، فإن النفقةَ تَسْقُطُ بالموتِ».

ومنَ العلماءِ مَن قال: يُحَكَّمُ فيه الزِّيُّ، إنْ يُرَ بزِيِّ الفقراءِ كان القولُ قولَ المَدْيُونِ، وإنْ يُرَ بزِيِّ الأغنياءِ كان القولُ قولَ الطالبِ؛ لأن ذلك علامةٌ ودليلٌ إلا في حقِّ العَلَوِيَّةِ[2] والفقهاءِ، فإنهم يَتَكَلَّفُون في لباسِهم حتَّى لا يَذْهَبَ ماءُ وجوهِهم

---

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصَّاف [٢/٣٦٢].

(٢) العَلَوِيَّةُ: هم كل من كان مِن أولاد أمير المؤمنين عليِّ بن أبي طالب رضي الله عنه.

وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ: مُعَجَّلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ.

قَالَ: وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَىٰ ذَلِكَ إِذَا قَالَ: إِنِّي فَقِيرٌ، إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا فَيَحْبِسَهُ لِأَنَّهُ لَمْ تُوجَدْ دَلَالَةُ الْيَسَارِ فَيَكُونُ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ،

غاية البيان

معَ حاجَتِهِم، فلا يَكُونُ الزِّيُّ دليلًا وعَلَمًا علىٰ اليسارِ في حقِّهم.

فإنْ كان علىٰ المطلوبِ زِيُّ الفقراءِ وادَّعىٰ الطالبُ أنه غيرُ زِيِّه، وقد كان عليه زِيُّ الأغنياءِ قَبْلَ أنْ يحْضُرَ مجلسَ القاضي، فإن القاضيَ يَسْأَلُهُ البَيِّنَةَ، إنْ أقام البَيِّنَةَ علىٰ أنه كان عليه زِيُّ الأغنياءِ قبلَ ذلك؛ سُمِعَ منه البَيِّنَةُ، ويُجْعَلُ القولُ قولَه، وإنْ لَمْ يُمْكِنْه إقامةُ البَيِّنَةِ يُحَكِّمُ زِيَّه في الحالِ، ويُجْعَلُ القولُ قولَ المطلوبِ. كذا في «شرح أدب القاضي».

قولُه: (وَالْمُرَادُ بِالْمَهْرِ: مُعَجَّلُهُ دُونَ مُؤَجَّلِهِ)، وذلك لأن العادةَ جَارِيةٌ [٥/٣١٧و/م] بتسليمِ المُعَجَّلِ، فكان الإقدامُ علىٰ النِّكاحِ دليلًا علىٰ القُدْرَةِ والوفاءِ بالمُعَجَّلِ، فلا يُقْبَلُ قولُه إنه مُعْسِرٌ.

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ: «هذا في المُعَجَّلِ، فأما إذا طلبتِ المرأةُ المُؤَجَّلَ في المهرِ بعدَما بنَىٰ بها؛ فإن القولَ قولُ الزوجِ في عُسْرتِه؛ لأنه لا دلالةَ ههنا علىٰ القُدْرَةِ منه علىٰ أدائِه، فأَمَّا في النفقةِ فإن فالقولَ قولُ الزوجِ في أنه مُعْسِرٌ في تقديرِ النفقةِ».

قولُه [١٠/١٦٤و/د]: (قَالَ: وَلَا يَحْبِسُهُ فِيمَا سِوَىٰ ذَلِكَ إِذَا قَالَ: إِنِّي فَقِيرٌ، إِلَّا أَنْ يُثْبِتَ غَرِيمُهُ أَنَّ لَهُ مَالًا)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]: لا يَحْبِسُ القاضي الغريمَ إذا قال: إني فقيرٌ في غيرِ ما وَجَبَ عليه بدلًا عن مالٍ أو التزمَه بعَقْدٍ، إلا إذا أثبتَ المُدَّعِي أن له مالًا، فحينَئِذٍ يُحْبَسُ، وإنما لا يَحْبِسُهُ فيما سوىٰ ذلك مِن بدلِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٥].

وَعَلَى الْمُدَّعِي إِثْبَاتُ غِنَاهُ، وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ هُوَ الْعُسْرَةُ. وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ إِلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ. وَفِي النَّفَقَةِ الْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ إِنَّهُ مُعْسِرٌ، وَفِي إِعْتَاقِ الْعَبْدِ الْمُشْتَرَكِ الْقَوْلُ لِلْمُعْتِقِ، وَالْمَسْأَلَتَانِ تُؤَيِّدَانِ الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ، ....

غاية البيان

الغَصْبِ، وأَرْشِ الجنايةِ، ونفقةِ الزوجاتِ؛ لأن الأصلَ في بني آدمَ هو الفقرُ، ولم يُوجَدْ دليلُ الغِنَى فلم يَسْتَحِقَّ الحبْسَ الذي هو العُقُوبةُ؛ لعدمِ الظلمِ.

بخلافِ ما إذا ثَبَتَ بِالبَيِّنَةِ أن له مالًا، حيثُ يَجِبُ حبْسُه؛ لوجودِ الظلمِ، قال ﷺ: «مَطْلُ الْغَنِيِّ ظُلْمٌ»[1]، أَمَّا إذا أقام المُدَّعِي البَيِّنَةَ على اليسارِ، وأقام المُدَّعَى عليه البَيِّنَةَ على الإعسارِ، فالبَيِّنَةُ بَيِّنَةُ المُدَّعِي. كذا في «الذخيرة»؛ لأنهم شَهِدُوا بأمْرٍ لم يَعْرِفْهُ شهودُ المَدْيُونِ[2].

قولُه: (وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ)، أي: في ثَمَنِ المَبِيعِ، والمهرِ، وغيرِ ذلك، وهذا قولُ الخَصَّافِ[3]، وقد مَرَّ بيانُه قَبْلَ هذا.

قولُه [٢/٢٢٧و]: (وَيُرْوَى أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ)، أي: لمن عليه الدَّيْنُ (إِلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ). يَعْنِي أن القولَ فيما بدلُه مالٌ للمُدَّعِي، ونَسَبَ الخَصَّافُ هذا القولَ إلى أبي حنيفةَ وأبي يوسفَ، وقد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَالْمَسْأَلَتَانِ تُؤَيِّدَانِ [١٠/١٦٤ظ/د] الْقَوْلَيْنِ الْأَخِيرَيْنِ)، وأراد بالمسألتَيْنِ: مسألةَ النفقةِ، ومسألةَ إعْتاقِ العبدِ المشْتركِ، ففيهما القولُ قوْلُ الزوجِ والمعْتقِ في الإعسارِ.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) ينظر: الاختيار (٢/٩٠)، العناية (٧/٢٧٩)، الجوهرة النيرة (٢/٢٤٣)، اللباب في شرح الكتاب (٤/٨٢).

(٣) هذا قول أبي عبد الله البلخي لا قول الخَصَّاف كما زعَمَه. كذا جاء في حاشية: «ن».

وَالتَّخْرِيجُ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي: «الْكِتَابِ» أَنَّهُ لَيْسَ بِدَيْنٍ مُطْلَقٍ بَلْ هُوَ صِلَةٌ حَتَّىٰ تَسْقُطَ النَّفَقَةُ بِالْمَوْتِ بالاتفاق، وَكَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ضَمَانُ الْإِعْتَاقِ، ثُمَّ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُدَّعِي إِنَّ لَهُ مَالًا، أَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ....

غاية البيان

وأراد بالقولَيْنِ الآخِرَيْنِ: قولَه: (وَيُرْوَىٰ أَنَّ الْقَوْلَ لِمَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فِي جَمِيعِ ذَلِكَ). وقولُه: (وَيُرْوَىٰ أَنَّ الْقَوْلَ لَهُ إِلَّا فِيمَا بَدَلُهُ مَالٌ).

قولُه: (وَالتَّخْرِيجُ عَلَىٰ مَا قَالَ فِي «الْكِتَابِ»)، أي: تخريجُ مسألةِ الإنفاقِ والْإِعْتَاقِ [ه/٣١٧ظ/م] علىٰ ما قال في «مختصر الْقُدُورِيِّ» حيث جعلَ القولَ قولَ الْمُدَّعِي في كلِّ دَيْنٍ التزَمه بعَقْدٍ، ومعَ وجودِ الالتزامِ لم يَكُنِ القولُ للمُدَّعِي في المسألتَيْنِ، فأجاب عنه، وقال: إن النفقةَ ليس بِدَيْنٍ مُطْلَقٍ، بل هو صلةٌ تَسْقُطُ بالموتِ، فلو كان دَيْنًا مطلقًا لم يَسْقُطْ إلا بالأداءِ، أوْ بالإبراءِ.

وكذلك الْإِعْتَاقُ، فإن المريضَ إذا أعتَق في مرضِ موتِه عبْدًا مُشْتركًا لا يَجِبُ عليه الضَّمانُ عندَ أبي حنيفةَ، فإذا لم يَكُنْ دَيْنًا مطلقًا لم يُسْتَدَلَّ بوجوبِه وثبوتِه علىٰ أنه قادرٌ علىٰ القضاءِ، بخلافِ الدُّيُونِ المطلَقةِ، فإنه لَمَّا التزَمَها دلَّ ذلك علىٰ أنه قادرٌ علىٰ القضاءِ، فإذا ادَّعَىٰ العجزَ بعدَ ذلك لا يُسْمَعُ[1].

قولُه: (أَوْ ثَبَتَ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ فِيمَا كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ مَنْ عَلَيْهِ)، أي: ثَبتَ المالُ بالبَيِّنَةِ فيما كان القولُ قولَ المَدْيُونِ، أي: في غيرِ ما وَجَبَ بدلًا عن مالٍ أو التزَمه بعَقْدٍ، كما في بدلِ الغَصْبِ، وأَرْشِ الجنايةِ.

[١٠/١٦٥و/د] **قولُه:** (يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً)، هذا روايةُ محمَّدٍ عن أبي حنيفةَ في كتابِ الحَوالةِ والكفالةِ، ورَوَىٰ الحسنُ عن أبي حنيفةَ: أن التقديرَ فيه بأربعةِ

(١) ينظر: أدب القاضي مع شرحه (ص ٢٢٢)، الاختيار (٢/٩٠)، تبيين الحقائق (٤/١٨١).

....

غاية البيان

أشهرٍ، علىٰ قياسِ مُدَّةِ الإيلاءِ.

وذكَر **الطَّحَاوِيُّ**: أن التقديرَ فيه بشهرٍ[(١)]؛ لأن ما زاد علىٰ الشهرِ في حُكْمِ الآجِلِ، وما دُونَ الشهرِ في حُكْمِ العاجِلِ، فصار أدنىٰ الأَجَلِ شهرًا، والأقصىٰ لا غايةَ له، فقَدَّره بشهرٍ واحدٍ. هكَذا ذكَر اختلافَ الروايةِ: شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «**شرح أدب القاضي**».

ثم قال فيه: «والحاصلُ: أنه ليس فيه شيءٌ مُؤَقَّتٌ مقدَّرٌ بمقدارٍ لازمٍ، بل الأمرُ مُفَوَّضٌ إلىٰ رأيِ القاضي، فإنْ مضَىٰ أربعةُ أشهرٍ ووقَع له أنه مُتَعَنِّتٌ؛ يَسْتَدِيمُ حَبْسَه، وإنْ كان دونَ ذلك ـ بأنْ كان شهرينِ، أوْ شهرًا، أوْ دونَه، ووقَع أنه عاجزٌ لا مالَ له ـ أطلَقه مِن السجنِ.

وقال الصدرُ الشهيدُ في «شرحه لأدب القاضي»: «قال شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ: ما قاله الطَّحَاوِيُّ أرفَقُ الأقاويلِ».

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «قال أبو حنيفةَ وأبو يوسفَ ومحمدٌ: يحْبِسُه شهرين أوْ ثلاثةً، وعلىٰ روايةِ محمَّدٍ: قدَّرَ فيه أربعةَ أشهُرٍ، وعلىٰ روايةِ الحسنِ: ستَّةَ أشهُرٍ». ثم قال: «وهو مَوْقُوفٌ علىٰ رأيِ القاضي»[(٢)].

وقال في [٥/٣١٨و/م] «**شرح الأقطع**»: «وفي روايةِ الحسنِ: ما بينَ أربعةِ أشهُرٍ إلىٰ ستَّةِ أشهُرٍ». ثم قال: «والتقديرُ في هذا غيرُ مُعْتَبَرٍ، وهو مردودٌ إلىٰ رأيِ القاضي، والمَقْصُودُ بالحبسِ: أنْ يَضْجَرَ فيُظْهِرَ مالًا إنْ كان له [١٠/١٦٥ظ/د] مالٌ،

(١) ينظر: مختصر الطحاوي (ص ٩٦).

(٢) انظر: أدب القاضي مع شرحه (ص ٢٢٢)، العناية (٧/٢٨٢)، الترجيح والتصحيح (ص ٥٥٣)، اللباب في شرح الكتاب (٤/٨٣).

ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ فَالْحَبْسُ لِظُهُورِ ظُلْمِهِ فِي الْحَالِ، وَإِنَّمَا يَحْبِسُهُ مُدَّةً لِيَظْهَرَ مَالُهُ لَوْ

وهذا أمْرٌ يَخْتَلِفُ باختلافِ الناسِ، فوقَف على اجتهادِ القاضي فيه»[1].

وقال في «خلاصة الفتاوى»: «وفي روايةِ الطَّحَاوِيِّ: ستَّةُ أشهرٍ»[2]. ولنا فيه نَظَرٌ.

قولُه: (ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ)، أي: يَسْأَلُ القاضي بعدَ الحبسِ عن حالِ المحبوسِ جيرانَه [٢/٢٢٧ظ] وأهلَ الخِبْرةِ بذلك أنه مُوسِرٌ أوْ مُعْسِرٌ.

قال الصدرُ الشهيدُ وغيرُه في «شروح الجامع الصغير»[3]: فإذا شهِد عندَه شاهدانِ مِن أهلِ الشهادةِ أنه مُوسِرٌ قادرٌ على قضاءِ الدَّيْنِ؛ أبَّدَ الحبسَ لظُلْمِه، وإنْ قالا: إنه مُعْسِرٌ ضَيِّقُ الحالِ، كثيرُ العيالِ؛ أطلقَه؛ لقولِه تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

فإنْ رأى القاضي أنْ يَسْأَلَ قَبْلَ انقضاءِ مُدَّةِ الحبسِ فله ذلك، ثم البَيِّنَةُ على الإفلاسِ تُقْبَلُ بعدَ حَبْسِه بالإجماعِ، أمَّا إذا قامتِ البَيِّنَةُ على إعسارِه وإفلاسِه قبلَ الحبسِ: ففيه روايتان:

في إحدى الروايتَيْنِ: تُقْبَلُ، وبه كان يُفْتِي الشيخُ الإمامُ [أبو بكرٍ][4] محمدُ ابنُ الفضلِ.

وفي روايةٍ أخرى: لا تُقْبَلُ ما لَمْ يُحْبَسْ. وعليه عامَّةُ المشايخِ، وإليه ذهَب شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي»، وهو الأصحُّ.

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١١].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ٢٦٠].
(٣) ينظر: شرح الجامع الصغير للصدر الشهيد [ص٤٦٤].
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ض».

كَانَ يُخْفِيهِ فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ تَمْتَدَّ الْمُدَّةُ لِيُفِيدَ هَذِهِ الْفَائِدَةَ فَقَدَّرَهُ بِمَا ذَكَرَهُ، وَيُرْوَى غَيْرُ ذَلِكَ مِنَ التَّقْدِيرِ بِشَهْرٍ أَوْ أَرْبَعَةٍ إِلَى سِتَّةِ أَشْهُرٍ. وَالصَّحِيحُ أَنَّ التَّقْدِيرَ مُفَوَّضٌ إِلَى رَأْيِ الْقَاضِي لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ الأشخاص فِيهِ.

قال: فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ يَعْنِي بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ

غاية البيان

قولُه: (لِيُفِيدَ هَذِهِ الْفَائِدَةَ)، أراد بهذه الفائدةِ: ظهورَ مالِه لو كان.

قولُه: (وَيُرْوَى غَيْرُ ذَلِكَ)، أي: غيرُ الشهرينِ أو الثلاثةِ.

قولُه: (لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ فِيهِ)، أي: في الحبسِ؛ لأن بعضَ الإنسانِ يَضْجُرُ بالحبسِ في مُدَّةٍ قليلةٍ ما لا يَضْجُرُ الآخرُ في مُدَّةٍ كثيرةٍ، فكان الرأيُ [١٠/١٦٦و/د] في ذلك إلى القاضي.

قولُه: (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ خَلَّى سَبِيلَهُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره» وتمامُه فيه: «ولا يَحُولُ بيْنَه وبينَ غُرمائِه»[1].

قال صاحبُ «الهداية»: (يَعْنِي: بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ)، أي: خَلَّى سَبِيلَهُ بعد مُضِيِّ المُدَّةِ التي رآها القاضي واختارَها، على ما اختار بعضُ المشايخِ كالشهرِ، ونحوِ ذلك.

والمفهومُ مِن كلامِ صاحبِ «الهداية» ـ أعني: مِن قولِه: (بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ) ـ أنه لا يُخَلِّيه ما لم تمْضِ المُدَّةُ، وليس كذلك، فإن أصحابَنا ذكَرُوا في نُسَخِ «أدب القاضي» وقالوا: وإذا ثبَتَ إعسارُه أخرجَه مِن الحبسِ؛ لأن اللهَ تَعالى قال: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]، وقال ﷻ: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

النَّظِرَةَ إِلَى الْمَيْسَرَةِ فَيَكُونُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ظُلْمًا، وَلَوْ قَامَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَى إِفْلَاسِهِ قَبْلَ الْمُدَّةِ تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَلَا تُقْبَلُ فِي رِوَايَةٍ، وَعَلَى الثَّانِيَةِ عَامَّةُ الْمَشَايِخِ.

غاية البيان

ثم إذا خَلَّى سَبِيلَهُ بعدَ ثبوتِ إفلاسِه هل يَمْنَعُ القاضي صاحبَ [٥/٣١٨ظ/م] الحقِّ ملازمتَه أمْ لا؟ وعلى ظاهرِ الروايةِ: لا يَمْنَعُ[1].

وقال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «قال ابنُ كاسٍ[2] في «أدب القاضي»: قال أبو يوسفَ ومحمَّدٍ: إذا صحَّ أنه مُعْسِرٌ فلا سبيلَ إلى لزومِه».

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» للخَصَّافِ: «وعلى قولِ إسماعيلَ بنِ حمَّادٍ[3]: ليس للمُدَّعِي أنْ يُلازِمَهُ، ولكن يَأْخُذُ المُدَّعِي مِنَ الخَصْمِ كفيلًا؛ لأن مالَ اللهِ غادٍ ورائحٌ، وربما يَظْهَرُ له مالٌ، فلو لَمْ [١٠/١٦٦ظ/د] يَأْخُذْ منه كَفِيلًا يَفُوتُ ذلك المالُ ويخْرُجُ مِن يدِه، فلا يَتوصَّلُ المُدَّعِي إلى حقِّه، كما في الابتداءِ إذا ادَّعَى عليه حقًّا له أنْ يَأْخُذَ منه كَفِيلًا يُمْكِنُه الوصولُ إليه بكفيلِه، وإذا امتنَع عن إعطاءِ الكَفِيلِ في الابتداءِ فإنه يُلازِمُه، كذلك هنا يُطالِبُه بالكفيلِ، فإنْ أَبَى يُلازِمُه.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: أن اللهَ تَعالى قال: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠]. ولأنه لَمَّا لم يَقْدِرْ لم يَلْزَمْهُ الأداءُ في الحالِ، فصار كالديونِ المؤجَّلةِ.

---

(١) قال جمال الإسلام: وهذا قول الإمام، وهو المختار. ينظر: الفقه النافع (٣/١٣٤١، ١٣٤٢)، بدائع الصنائع (٦/١٨٠)، تبيين الحقائق (٤/١٨١)، الاختيار لتعليل المختار (٢/٩٠)، الجوهرة النيرة (١/٣١٩)، الفتاوى الهندية (٥/٧٩)، اللباب في شرح الكتاب (٤/٨٣).

(٢) هو: عَلِيُّ بن محمد بن الحسن بن كاس النَّخعي الكاسيُّ القاضي الكوفي أبو القاسم. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) هو إِسْمَاعِيل بن حَمَّاد بن النُّعْمَان بن ثَابت بن النُّعْمَان ابْن الْمَرْزُبَان من أَبنَاء فَارس الْأَحْرَار. كذا قال في نسبه. ولِيَ قضاء الكوفة والبصرة وغيرهما، وأخباره في «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» (ص: ١٤٣ - ١٤٥).

قَالَ فِي الْكِتَابِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ، وَهَذَا كَلَامٌ فِي الْمُلَازَمَةِ وَسَنَذْكُرُهُ فِي كِتَابِ الْحَجْرِ إن شاء الله تعالى.

غاية البيان

وجهُ الظاهرِ: قولُه ﷺ: «لِصَاحِبِ الْحَقِّ الْيَدُ وَاللِّسَانُ»[1].

فسَّروا اليدَ: بالملازمةِ، واللسانَ بالتقاضي، ولأن نفسَ الإعسارِ لا يُوجِبُ إسقاطَ الحقِّ على المطلوبِ.

والجوابُ عمَّا قال إسماعيلُ: أن الغريمَ لو امتنع مِن إعطاءِ الكَفِيلِ؛ كان للمُدَّعِي أنْ يُلازِمَهُ، ولو لم يَكُنْ له حقُّ الملازمةِ لم يُلازِمْهُ إذا امتنَع مِن إعطاءِ الكَفيلِ، كما في الدَّيْنِ المُؤَجَّلِ إذا أجَّلَه صاحبُ الدَّيْنِ [٢/٢٢٨و] لَمْ يَكُنْ له أنْ يُلازِمَهُ.

قولُه: (وَهَذَا كَلَامٌ فِي الْمُلَازَمَةِ)، أي: - قولُه: (وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ). أي: لا يَمْنَعُهُم القاضي عن ملازمةِ المَدْيُونِ - كلامٌ في أن للغُرماءِ ولايةَ الملازمةِ للمَدْيُونِ بعدَ تخليتِه مِن الحبسِ أمْ لا؟ ففيه اختلافٌ.

والمرادُ مِن الملازمةِ: الطوافُ معَه أينَ طافَ[2] حتَّى يَأْخُذُوا فضلَ كَسْبِه لا المطالبةُ، وهذا هو الجوابُ عن احتجاجِهما بالآيةِ، أعني: عن قولِه تعالى: ﴿فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾، أي: نظرةٌ في المطالبةِ.

وقولُه: (وَسَنَذْكُرُهُ [١٠/١٦٧و/د] فِي كِتَابِ الْحَجْرِ)، أي: في بابِ الحَجْرِ بسببِ الدَّيْنِ عندَ قولِه: (وَلَا يَحُولُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غُرَمَائِهِ بَعْدَ خُرُوجِهِ مِنَ الْحَبْسِ يُلَازِمُونَهُ وَلَا يَمْنَعُونَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ وَالسَّفَرِ) إلى قولِه: (وَقَالَا: إِذَا فَلَّسَهُ الْحَاكِمُ

---

(١) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/٢٣٢]، عَنْ مَكْحُولٍ ﷺ به مرسلًا.

قال ابنُ حجر: «[أخرجه] الدارقطني مِن مرسل مكحول، وابنُ عديّ [في «الكامل» (٦/٢٧٨)]، مِن حديث أبي عُتْبَة الْخَوْلَانِيّ، أخرجه في ترجمة محمد بن معاوية أحد الساقطين». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/٢١٧]، و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٩٩].

(٢) وقع بالأصل: «أي طاف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَفِي: «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ الْقَاضِي بِدَيْنٍ، فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ، ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا أَبَّدَ حَبْسَهُ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا خَلَّى سَبِيلَهُ، وَمُرَادُهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً فَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ وَالْحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ فَلَا نُعِيدُهُ.

قَالَ: وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ؛ لِأَنَّهُ ظَالِمٌ بِالِامْتِنَاعِ ....

غاية البيان

حَالَ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ وَبَيْنَهُ إِلَّا أَنْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ أَنَّ لَهُ مَالًا).

قولُه: (وَفِي «الْجَامِعِ الصَّغِيرِ»[1]: رَجُلٌ أَقَرَّ عِنْدَ الْقَاضِي بِدَيْنٍ، فَإِنَّهُ يَحْبِسُهُ، ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ)، وإنما ذكَر روايةَ «الجامع»؛ دفعًا لوهمِ التناقُضِ بينَ [٥/٣١٩د/م] روايتِه وروايةِ القُدُورِيِّ، وهذا لأنه روَىٰ لفظَ القُدُورِيِّ في أوَّلِ الفصْلِ بقولِه: (وَإِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ عِنْدَ الْقَاضِي، وَطَلَبَ صَاحِبُ الْحَقِّ حَبْسَ غَرِيمِهِ؛ لَمْ يَعْجَلْ بِحَبْسِهِ). ثم قال: (وَهَذَا إِذَا ثَبَتَ الْحَقُّ بِإِقْرَارِهِ).

ولفظُ «الجامع الصغير» يَدُلُّ علىٰ جوازِ الحبسِ مُتَّصِلًا بالإقرارِ، وبينَهُما وهمُ التناقُضِ، فدفَع ذلك الوهمَ بقولِه: (وَمُرَادُهُ إِذَا أَقَرَّ عِنْدَ غَيْرِ الْقَاضِي، أَوْ عِنْدَهُ مَرَّةً، فَظَهَرَتْ مُمَاطَلَتُهُ)، يعني: مرادُ محمدٍ فيما إذا ثبَتَ الحقُّ بالإقرارِ، ثم ثبتَتِ المُمَاطَلَةُ، فترافَعا إلىٰ القاضي، فحينَئذٍ يحبِسُه لا بمجرَّدِ الإقرارِ، فاندفَع ذلك الوهمُ.

قولُه: (وَالْحَبْسُ أَوَّلًا وَمُدَّتُهُ قَدْ بَيَّنَّاهُ)، أي: الحبسُ المذكورُ أوَّلًا قبلَ السؤالِ في «الجامع الصغير» في قولِه: (يَحْبِسُهُ ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ) قد بيَّنَّا ذلك قبلَ هذا في روايةِ القُدُورِيِّ عندَ قولِه: (يَحْبِسُهُ شَهْرَيْنِ [١٠/١٦٧ظ/د] أَوْ ثَلَاثَةً، ثُمَّ يَسْأَلُ عَنْهُ)، وبيَّنَّا مُدَّةَ الحبسِ أيضًا معَ الاختلافِ المذكورِ فيها، فلا حاجةَ إلىٰ الإعادةِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُحْبَسُ الرَّجُلُ فِي نَفَقَةِ زَوْجَتِهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٠١].

وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ؛ لِأَنَّهُ نَوْعُ عُقُوبَةٍ فَلَا يَسْتَحِقُّهُ الْوَلَدُ عَلَىٰ وَالِدِهِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ.

غاية البيان

«مختصره»(١).

وقال شمسُ الأئمَّةِ في «شرح كتاب النفقات» للخَصَّافِ: «وإنْ فرَضَ لها القاضي، فسألَتْ حَبْسَه بذلك؛ لم يحْبِسْه القاضي؛ لأن الحبسَ عُقوبةٌ، فلا تُسْتَحقُّ إلا بالظلم، وذا لا يَظْهَرُ إلا بالمنع بعدَ الوُجُوبِ، ولم يُوجَدْ، وإنْ قدَّمَتْه في اليومِ الثاني وطلبَتْ حَبْسَه؛ حبَسَه القاضي؛ لأنه ظهَر ظُلْمُه، فيُحْبَس وإنْ كان مقدارُ النفقةِ يسيرًا بأنْ كان درهمًا أوْ دَانَقًا إذا رأىٰ القاضي ذلك».

قولُه: (وَلَا يُحْبَسُ وَالِدٌ فِي دَيْنِ وَلَدِهِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلا إذا امتنَع عن الإنفاقِ عليه»(٢)، وذلك لأن الحبسَ عُقُوبةٌ، والأبُ لا يَسْتَحِقُّ العُقُوبةَ لأجْلِ ولدِه؛ كالحدودِ والقِصَاصِ، يُؤَيِّدُه: قولُه تعالىٰ: ﴿فَلَا تَقُل لَّهُمَآ أُفٍّ﴾ [الإسراء: ٢٣].

بيانُه: أن التأفيفَ لَمَّا كان حرامًا لمعنَىٰ الأذَىٰ؛ كان الحبسُ حرامًا بالطريقِ الأَوْلَىٰ؛ لأن العُقُوبةَ بالحبسِ في الأذَىٰ فوقَ التأفيفِ.

وأمَّا إذا امتنَع مِن الإنفاقِ علىٰ ولدِه؛ يُحْبَسُ؛ دفْعًا للهلاكِ عن الولدِ، ولأنه لا يُمْكِنُ تداركُه إلا بالحبسِ؛ لأنه يَسْقُطُ بمُضِيِّ الزمانِ، وليس هذا كسائرِ الدُّيُونِ التي لا تَسْقُطُ بمُضِيِّ الزمانِ [٥/٣١٩ظ/م]، ونظيرُه: ما قالوا في [١٠/١٦٨و/د] المرأةِ إذا امتنعَتْ مِن الوطءِ؛ تُضْرَبُ؛ لأنه معْنًى يَفُوتُ بمُضِيِّ الزمانِ، ولا [٢/٢٢٨ظ] يُمْكِنُ استدراكُه إلا بالضربِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

قال: (إِلَّا إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ) لِأَنَّ فِيهِ إِحْيَاءَ لِوَلَدِهِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَتَدَارَكُ لِسُقُوطِهَا [٤٣/د] بِمُضِيِّ الزَّمَانِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

ونخْتِمُ الفصلَ بمسألةٍ ذكَرها في «الفتاوى الصغرى»: «المحبوسُ إذا سأَل عنه القاضي بعدَما مضَى زمانٌ، فأُخْبِر أنه مُوسِرٌ؛ أبّدَ الحبسَ، وإنْ أُخْبِر أنه مُعْسِرٌ خَلَّى سبيلَه، وخبرُ الواحدِ العدلِ الثقةِ يَكْفِي، والاثنانِ أحْوطُ، ولا يُشترطُ لفظةُ الشهادةِ». ونقَلها عن بابِ الحبْسِ من «كَفَالةِ» شيخِ الإسلامِ خُواهَر زَادَه.

[والله ﷻ أعلمُ][1]

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «نح».

بَابٌ
كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي

قَالَ: وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُقُوقِ إِذَا شُهِدَ بِهِ عِنْدَهُ؛

غاية البيان

بَابٌ
كِتَابِ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي

لَمَّا كان كتابُ القاضي إلى القاضي من أنواعِ ما يَتَعَلَّقُ بالقضاءِ؛ ذكرَه في بابٍ على حِدَةٍ، ولكنه أورَده عَقِيبَ فصلِ السجنِ؛ لأن ذلك يَتِمُّ بقاضٍ واحدٍ، وهذا يَتِمُّ باثنينِ، والواحدُ قبلَ الاثنينِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي فِي الْحُقُوقِ إِذَا شُهِدَ بِهِ عِنْدَهُ)، أي: قال القُدُوريُّ في «مختصره»[1].

وأراد بالحقوقِ: الحُقُوقَ التي تَثْبُتُ معَ الشبُهاتِ ولا يَحْتَاجُ إلى الإِشارةِ إليه.

وقولُه: (شُهِدَ): على صيغةِ المبْنِيِّ للمفعولِ، والضميرُ في (بِهِ): راجعٌ إلى كتابِ القاضي، وفي (عِنْدَهُ): راجعٌ إلى القاضي المكتوبِ إليه.

قال في «الأجناس»: «قال في «أدب القاضي» الأصلُ: لا يَكْتُبُ القاضي إلى القاضي فيما يُنْقَلُ ويُحَوَّلُ[2] مِثْلُ: العبدِ، والدَّابَّةِ، والثَّوْبِ، ويَكْتُبُ في العَقَارِ، ويَسْمَعُ [١٠/١٦٨ظ/د] شهادةَ الشهودِ على ذلك إذا بَيَّنَ حدودَها الأربعَ.

وقال أبو حنيفةَ: لو كتبْتُ في العبدِ لكتبْتُ في النَّاقةِ، وفي الحمارِ، وفي

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/٢٢٦].

(٢) في «البناية» للعيني: «يُمْوَّلُ» [٣٥/٩].

للحاجة.....................................

هذين لا أَكْتُبُ، فكذلك في العبدِ، وفي جُعْلِ الآبِقِ.

قال أبو يوسفَ: أَكْتُبُ في العبدِ، وفي الجاريةِ لا يُكْتَبُ في قولِهم. وقال أبو يوسفَ في «**أدب القاضي**» ـ إملاءَ روايةِ بِشْرِ بنِ الوليدِ ـ: في الجاريةِ يَكْتُبُ»[1].

إلى هنا لَفْظُ كتابِ «**الأجناس**».

وقال الصدرُ الشهيدُ في «شرح أدب القاضي»: «ورُوِيَ عن أبي يوسفَ في «**النوادر**» أنه قال: يَجُوزُ في جميعِ العُروضِ. وبه أَخَذَ مشايخُنا المتأخِّرونَ».

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وقال ابنُ أبي ليلى: يُقْبَلُ في جميعِ ذلك»، أي: يُقْبَلُ كتابُ القاضي إلى القاضي في المنقولِ وغيرِه، ثم قال فيه: «والفتوى على هذا؛ لتعامُلِ[2] الناسِ»[3].

والأصلُ في جوازِ [قَبولِ][4] كتابِ القاضي إلى القاضي: ما رَوَى الإمامُ أبو بكرٍ أحمدُ بنُ عَمْرٍو الخَصَّافُ في «**أدب القاضي**»[5] قال: حَدَّثَنا عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدِ

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٦٨ ـ ١٦٩].

(٢) وقع بالأصل: «التعامل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيّ [ق/ ٤١٩].

(٤) **ما بين المعقوفتين**: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ض».

(٥) **لَمْ يذْكُر هذا الأثرَ والذي بعْده**: أبو بكر الرازيُّ ولا الصدرُ الشهيد في شَرحَيْهما على «أدب القاضي» للخَصَّاف، لا مُسْندًا ولا معَلَّقًا، وكتابُ الخصَّاف ما وقَفْنا له على نسخة تامة بالأسانيد بعد مزيد التتبُّع، وإنما وقَفْنا عليه ممزوجًا بالشروح وحسب، وقد أخلَّتْ هذه الشروحُ أيضًا بأسانيد الكتاب وآثاره، وحالُه في هذا يُشْبِه حالَ: «مختصر الكرخي»، و«السِّيَر الكبير» لمحمد بن الحسن، وغيرهما من التصانيف النفيسة التي لَمْ تَصِلْنا إلا ممزوجةً بالشروح المُخِلَّة بأصولها. ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/٢٧٨ ـ ٣٠٧]، و«أدب القاضي/ مع شرْح أبي بكر الرازيّ» للخَصَّاف [ق/ ١٥٤/ب ـ ١٥٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

غاية البيان

قَالَ: حَدَّثَنَا عِيسَىٰ بْنُ يُونُسَ [٥/٣٢٠ظ/م]، عَنْ عُبَيْدَةَ[١]، عَنْ إِبْرَاهِيمَ النَّخَعِيِّ قَالَ: «كِتَابُ الْقَاضِي إِلَىٰ الْقَاضِي جَائِزٌ إِذَا عَرَفَ الْكِتَابَ وَالْخَطَّ»[٢].

وقال الخَصَّافُ: حَدَّثَنَا حُمَيْدُ بْنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ، عَنِ الْحَسَنِ بْنِ صَالِحٍ عَنْ عِيسَىٰ ابْنِ أَبِي عَزَّةَ عَنْ عَامِرٍ الشَّعْبِيِّ: «أنه كان يُجِيزُ الْكِتَابَ الْمَخْتُومَ يَرِدُ مِنَ الْقَاضِي»[٣]، ولأن الكتابَ يَقُومُ مقامَ الخِطابِ؛ بدليلِ كتابِ اللهِ تعالىٰ، وقد كتبَ رسولُ الله ﷺ إلىٰ الملوكِ، وقام مقامَ الخِطابِ في اللزومِ، ولَزِمَنَا أوامِرُ اللهِ تعالىٰ.

ولو أن قاضيًا قال لقاضٍ آخرَ: إن هؤلاء الشهودَ شهودٌ عندي بكذا، فإنه يُقْبَلُ ويُقْضَىٰ به إذا كان في موضعٍ يَنْفُذُ قضاءُ كلِّ واحدٍ منهما فيه، كذلك هذا.

وإنما قُلنا: إنه يَجُوزُ أنْ يَسْمعَ البَيِّنَةَ معَ غَيْبةِ المُدَّعَىٰ عليه؛ لأن [١٠/١٦٩و/ف] القاضيَ يَسْمَعُ هذه الشهادةَ لينقُلَها إلىٰ القاضي الثاني، لا للقضاءِ بها، فجاز مع غَيْبتِه؛ كالشهادةِ علىٰ الشهادةِ تَجُوزُ معَ غَيْبةِ المشهودِ عليه كذلك هذا، ولأن الضَّرُورةَ داعيةٌ إلىٰ قَبولِ الكتابِ؛ لأنه يَجُوزُ أن يَكُونَ شهودُ صاحبِ الحقِّ في موضعٍ والمُدَّعَىٰ عليه في موضعٍ آخرَ، ولا يُمْكِنُه الجمعُ بينَ الشهودِ والمُدَّعَىٰ عليه، فيَضِيعُ الحقُّ، فلأجْلِ هذه الضَّرُورةِ جَوَّزْنا كتابَ القاضي إلىٰ القاضي لكن بشَرْطِ أنْ يَكُونَ مختومًا مُعَنونًا في داخلِه وخارجِه، معَ شرائطَ أُخَرَ نَذْكُرُها بعدُ.

[٢/٢٢٩و] **قال الخَصَّافُ في «أدب القاضي»**[٤]: حَدَّثَنَا الحَكَمُ بْنُ مَرْوَانَ

---

(١) هو عُبَيْدَة بن مُعَتِّب الضَّبِّيّ. كوفي. كذا جاء في حاشية: «م».

(٢) علَّقه: البخاري [٦/٢٦١٧]، ووصله: ابنُ أبي شيبة [رقم/ ٢٣١١٨]، من طريق عيسى ابن يونس بإسناده به.

(٣) علَّقه: البخاري [٦/٢٦١٧]، ووصله: ابنُ أبي شيبة [رقم/ ٢٣١١٦]، ووكيع القاضي في «أخبار القضاة» [٢/٤١٦]، من طريق حُمَيْد بن عَبْدِ الرَّحْمَنِ بإسناده به.

(٤) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصَّاف [٣/٢٧٨]. والأثر هناك مُعلَّق دون إسناد.

عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ.

فَإِنْ شَهِدُوا عَلَىٰ خَصْمٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ لِوُجُودِ الْحُجَّةِ (وَكَتَبَ بِحُكْمِهِ) وَهُوَ الْمَدْعُوُّ سِجِلًّا (وَإِنْ شَهِدُوا بِهِ بِغَيْرِ حَضْرَةِ الْخَصْمِ لَمْ يَحْكُمْ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ

غاية البيان

الضَّرِيرُ قَالَ: حَدَّثَنَا الْحَسَنُ بْنُ صَالِحِ بْنِ حَيٍّ عَنْ عِيسَىٰ عَنِ الشَّعْبِيِّ: «أَنَّهُ كَانَ يُجِيزُ كِتَابَ الْقَاضِي إِلَى الْقَاضِي إِذَا جَاءَهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ».

وقال الخَصَّافُ أيضًا[1]: حَدَّثَنَا عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ: حَدَّثَنَا مُعَاذُ بْنُ مُعَاذٍ، عَنْ عُمَرَ بْنِ أَبِي زَائِدَةَ أَوْ عُمَيْرٍ قَالَ: «جِئْنَا بِكِتَابٍ مِنْ قَاضِي الْكُوفَةِ إِلَىٰ إِيَاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ، فَجِئْتُ وَقَدْ عُزِلَ إِيَاسٌ، وَاسْتُقْضِيَ الْحَسَنُ، فَدَفَعْتُ كِتَابِي إِلَيْهِ فَقَبِلَهُ وَلَمْ يَسْأَلْنِي الْبَيِّنَةَ عَلَيْهِ، فَفَتَحَهُ ثُمَّ نَشَرَهُ فَوَجَدَ لِي فِيهِ شَهَادَةَ شَاهِدَيْنِ عَلَىٰ رَجُلٍ مِنْ أَهْلِ الْبَصْرَةِ بِخَمْسِ مِئَةِ دِرْهَمٍ، فَقَالَ لِرَجُلٍ يَقُومُ عَلَىٰ رَأْسِهِ: اذْهَبْ بِهَذَا إِلَىٰ زِيَادٍ[2]، فَقُلْ لَهُ: أَرْسِلْ إِلَىٰ فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَ مِئَةِ دِرْهَمٍ، وادْفَعْهَا إِلَىٰ هَذَا، فَذَهَبَ بِي فَفَعَلَ»[3].

قولُه: (عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُ)، إِشَارَةً إلىٰ قولِه بعدَ هذا: (لِمَسَاسِ الْحَاجَةِ)... إلىٰ آخرِه.

قولُه: (فَإِنْ شَهِدُوا عَلَىٰ خَصْمٍ حَكَمَ بِالشَّهَادَةِ)، هذا لَفْظُ الْقُدُورِيِّ في

ولَمْ يذْكره أبو بكر الرازيُّ في شَرْحه على «أدب القاضي» للخصّاف [ق/ ١٥٤/ب - ١٥٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصّاف [٣/ ٣٨١]. والأثرُ هناك مُعلَّق دون إسناد! ولَمْ يذْكره أبو بكر الرازيُّ في شَرْحه علىٰ «أدب القاضي» للخصّاف.

(٢) عند ابن أبي شيبة: «إلىٰ ابْنِ زِيَادٍ». والخصَّافُ يرْوِي هذا الأثر هنا من طريقه.

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٣١١٧]، ووكيع القاضي في «أخبار القضاة» [٢/ ٢]، من طريق مُعَاذ بْن مُعَاذٍ بإسناده به.

عَلَى الْغَائِبِ لَا يَجُوزُ (وَكَتَبَ بِالشَّهَادَةِ) لِيَحْكُمَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ بِهَا وَهذَا هُوَ الْكِتَابُ الْحُكْمِيُّ، وَهُوَ نَقْلُ الشَّهَادَةِ فِي الْحَقِيقَةِ، وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ نَذْكُرُهَا إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى، وَجَوَازُهُ لِمَسَاسِ الْحَاجَةِ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ قَدْ يَتَعَذَّرُ عَلَيْهِ الْجَمْعُ بَيْنَ شُهُودِهِ وَخَصْمِهِ فَأَشْبَهَ الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ. وَقَوْلُهُ فِي الْحُقُوقِ يَنْدَرِجُ تَحْتَهُ الدَّيْنُ وَالنِّكَاحُ وَالنَّسَبُ وَالْمَغْصُوبُ وَالْأَمَانَةُ الْمَجْحُودَةُ وَالْمُضَارَبَةُ الْمَجْحُودَةُ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الدَّيْنِ، وَهُوَ يُعْرَفُ بِالْوَصْفِ لَا يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الْإِشَارَةِ، وَيُقْبَلُ فِي الْعَقَارِ أَيْضًا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ فِيهِ بِالتَّحْدِيدِ.

وَلَا يُقْبَلُ فِي الْأَعْيَانِ الْمَنْقُولَةِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْإِشَارَةِ.

غاية البيان

«مختصره»، وتمامُه [٥/٣٢٠ظ/م] فيه: وكتَبَ بحُكْمِه، وإنْ شهِدُوا بغيرِ حَضْرةِ الخَصْمِ لم يَحْكُمْ، وكتَبَ بالشهادةِ ليَحْكُمَ بها المكتوبَ إليه»[1]. إلى هنا لَفْظُ القُدُورِيِّ ﷺ. وذلك لأن الشهادةَ لا تَصِحُّ إلا على خَصْمٍ، فإذا كان الخَصْمُ حاضرًا حكَم عليه لوجودِ الحُجَّةِ، وكتَبَ بحُكْمِه إلى القاضي، وهذا الكتابُ يُسَمَّى سِجِلًّا.

وإذا لَمْ يَكُنِ الخَصْمُ حاضرًا: يَسْمَعُ الشهادةَ ولا يَحْكُمُ بها، ويَكْتُبُ بما يَسْمَعُه من الشهادةِ إلى القاضي حتَّى يَحْكُمَ القاضي المكتوبُ إليه بذلك إذا ثبَتَ عندَه أنه كتابُ القاضي الكاتبِ، وهو بمنزلةِ [١٠/١٦٩ظ/د] نَقْلِ الشهادةِ. وهذا الكتابُ إلى القاضي يُسَمَّى الكتابَ الحُكْمِيَّ؛ لأنه يَكْتُبُ ليَحْكُمَ به القاضي المكتوبُ إليه.

قولُه: (وَيَخْتَصُّ بِشَرَائِطَ)، أي: يختصُّ كتابُ القاضي إلى القاضي بشرائطَ، وهي: أنْ يَكُونَ الكتابُ مِن مَعْلُومٍ إلى مَعْلُومٍ في مَعْلُومٍ لمعلومٍ على مَعْلُومٍ، أعني: أن يَكُونَ القاضي الكاتبُ معلومًا، والقاضي المكتوبُ إليه معلومًا، والمُدَّعَى به

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي الْعَبْدِ دُونَ الْأَمَةِ لغلبةِ الإِبَاقِ فيه دونَها. وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِما بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا.

غاية البيان

معلومًا، والمُدَّعِي معلومًا، والمُدَّعَىٰ عليه معلومًا.

قولُه: (وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي الْعَبْدِ دُونَ الْأَمَةِ [لغلبةِ الإباقِ فيه دونَها)، أي: في العبدِ دونَ الأمةِ][1] فَمَسَّتِ الحاجةُ إلىٰ قبولِ الكتابِ في العبدِ دونَ الأَمةِ.

قولُه: (وَعَنْهُ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِيهِما)، أي: في العبدِ والأَمةِ، وهي روايةُ بِشْرِ بنِ الوليدِ، وقد مرَّتْ آنفًا.

قولُه: (بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِهَا)، وموضعُه «كتابُ الإِباقِ» مِنَ «المبسوط»، وأراد بها: بيانَ حِلْيةِ العبدِ، وصفَتِه، ونَسَبةِ الذي أَخَذَه[2]، والخَتْمَ[3] في عُنُقِه، وأَخْذَ الكَفِيلِ.

وحاصلُه: ما قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وإنما يُقْبَلُ كتابُ القاضي إلىٰ القاضي في الدَّيْنِ والعينِ الذي لا يَحْتَاجُ إلىٰ الإِشَارةِ إليه؛ كالدارِ والعَقَارِ، وأمَّا المنقولُ الذي يُمْكِنُ الإِشَارةُ إليه: لا يُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ، وقال أبو يوسفَ مِثْلَ ذلك إلا في العبدِ.

والآبِقُ إذا أَبَقَ فأُخِذَ في بلدةٍ، فأقام صاحبُه البيِّنةَ عندَ القاضي أن عبْدَه [١٠/١٧٠و/د] أَخَذَه فلانٌ في مِصْرِ كذا، وشهِد الشهودُ علىٰ الحِلْيةِ، فيَجِبُ عليه أنْ يَكْتُبَ إلىٰ ذلك القاضي أنه قد شهِد الشهودُ عندِي ـ وَزُكُّوا ـ أن عبْدًا صفتُه كذا أَخَذَه فلانُ بنُ فلانٍ، وأنه لفلانِ بنِ فلانٍ ونسبَهما إلىٰ أبيهما [٥/٣٢١و/م] وإلىٰ فَخِذِهما[4]،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) أي: أخذ العبد الآبق. كذا جاء في حاشية: «م».

(٣) وقع بالأصل: «ويختم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) أي: الجَدُّ الأعلىٰ. كذا جاء في حاشية: «ن». والفَخِذُ مِن القَبِيلة: إحدىٰ فصائلها أوْ أحيائها.=

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يُقْبَلُ فِي جَمِيعِ مَا يُنْقَلُ وَيُحَوَّلُ وَعَلَيْهِ الْمُتَأَخِّرُونَ.

ويَقْطَعُ الشَّرِكَةَ بيْنَه وبينَ الآخرِ، ويَكْتُبُ العنوانَ في الداخلِ والخارجِ: اسمَه واسمَ المكتوبِ إليه ونسبَهما، والعبرةُ للداخلِ لا للخارجِ.

فإنْ جاء الكتابُ وشهِد الشهودُ علىٰ ذلك؛ يُسَلِّم العبدَ، ويخْتِمُ في عُنُقِه[١]، وأخَذَ منه كَفِيلًا، ثم بعثَ به إلىٰ القاضي الذي كتَبَ إليه حتّىٰ يَشْهَدَ الشهودُ عليه بعَيْنِه عندَه، ثم يَكْتُبُ له كتابًا آخرَ علىٰ ذلك إلىٰ القاضي الذي كتَب إليه أوّلَ مرّةٍ، فإذا ثَبَتَ عندَه قَبِلَه، وقضَىٰ به، وسَلَّم العبدَ [٢/٢٢٩ظ] إلىٰ الذي جاءَه بالكتابِ، وأبرَأ كفيلَه»[٢]. إلىٰ هنا لفظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وهذا الكتابُ بهذه الشرائطِ يُكْتَبُ كذلك في الأَمَةِ أيضًا علىٰ روايةِ قبولِ الكتابِ في الأمةِ، وهو معنىٰ قولِه: (**يُقْبَلُ فِيهِمَا بِشَرَائِطَ تُعْرَفُ فِي مَوْضِعِه**).

قال في «خلاصة الفتاوىٰ»: «ولو كُتِبَ اسمُ القاضي الكاتبُ ونسَبُه، ولَمْ يُكْتَبِ اسمُ القاضي المكتوبِ إليه ونسَبُه، ولكن كُتِبَ: إلىٰ مَنْ بَلَغ كتابي هذا مِن قُضاةِ المسلمين وحُكَّامِهم؛ لا يَجُوزُ، وأبو يوسفَ وَسَّع وأجاز، وعليه عملُ [١٠/١٧٠ظ/د] الناسِ اليومَ، وأجمَعُوا أنه لو كتَب اسمَ المكتوبِ إليه ونسبَه، ثم كتَب: وإلىٰ كلِّ مَن يَصِلُ إليه كتابي هذا مِن قُضاةِ المسلمين وحُكَّامِهم جاز، فإنَّ كلَّ قاضٍ وصَلَ إليه عمِلَ به، ولو لَمْ يَكْتُبْ في الكتابِ التاريخَ لا يَقْبَلُه، وإنْ كتبَ فيه تاريخًا يُنْظَرُ: هل هو كان قاضيًا في ذلك الوقتِ أمْ لا؟ ولا يُكْتَفَىٰ بالشهادةِ إذا لم يَكُنْ مكتوبًا، وكذا كونُه كتابَ القاضي لا يَثْبُتُ بمجرَّدِ شهادَتِهم بدونِ الكِتابةِ،

= ينظر: «معجم لغة الفقهاء» [ص/ ٣٤٠].

(١) أي: يخْتم بالرصاص. ويجْعل الختْم في خيط. كذا ذَكر الناصحيُّ. كذا جاء في حاشية: «م»، و«د».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسْبِيجَابيِّ [ق/ ٤١٩].

قال: وَلَا يَقْبَلُ الْكِتَابَ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْكِتَابَ

وكذلك لو شَهِدوا على أصْلِ الحادثةِ ولم يَكُنْ مكتوبًا؛ لَمْ يُعْمَلْ به»[1]. إلى هنا لفْظُ «الخلاصة».

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وكتابُ القاضي إلى القاضي في حُقُوقِ الناسِ مِن العَتاقِ، والطلاقِ وغيرِهما جائزٌ إلا في الحدودِ والقِصاصِ؛ لأنَّ كتابَ القاضي إلى القاضي بمنزلةِ الشهادةِ على الشهادةِ، والشهادةُ على الشهادةِ في الحدودِ والقِصَاصِ لا يُقْبَلُ»[2].

وقال في «خزانة الفقه»: «ويَجُوزُ كتابُ القاضي إلى القاضي في المِصْرَيْنِ، أوْ مِن قاضي مِصْرٍ إلى قاضي رُسْتَاقٍ[3]، ولا يَجُوزُ مِن قاضي الرُّسْتاقِ إلى قاضي مِصْرٍ»[4]. وقد كَتَبْتُ هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائدِ.

قولُه: (وَلَا يَقْبَلُ الْكِتَابَ [٥/٣٢١ظ/م] إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[5]، أي: لا يَقْبَلُ القاضي المكتوبُ إليه كتابَ القاضي إليه إلا بحُجَّةٍ تامَّةٍ، وهي شهادةُ رجلَيْنِ، أوْ رجلٍ وامرأتينِ.

قال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «إذا أتى كتابُ القاضي إلى القاضي [١٠/١٧١و/د] فإنه لا يُقْبَلُ حتَّى يَشْهَدَ الشهودُ أنه كتابُه وخاتَمُه، وأنه قرأه عليهم، وشهِدوا على اسمِه ونسبِه، ثم يَقْرَأَه على الشهودِ بمَحْضرٍ مِن المكتوبِ له، وهذا قولُ أبي حنيفةَ ومحمدٍ رحمهما الله..

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ٢٥٢].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/ ٤١٩].
(٣) الرُّسْتَاق: لفظ فارسي معناه: السَّوَاد، أو الجَمْع، أو القرية، أو محلّة العسكر، أو السوق، أو البلد التِّجاري، ويُسْتعمل في الناحية التي هي طرَف الإقليم. وقد تقدم التعريف بذلك.
(٤) ينظر: «خزانة الفقه» لأبي الليث السمرقندي [ص٣٢٨].
(٥) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

يُشْبِهُ الْكِتَابَ فَلَا يَثْبُتُ إِلَّا بِحُجَّةٍ تَامَّةٍ وَهَذَا لِأَنَّهُ مُلْزِمٌ فَلَا بُدَّ مِنَ الْحُجَّةِ. بِخِلَافِ كِتَابِ الاسْتِئْمَانِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمُلْزِمٍ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْقَاضِي إِلَى الْمُزَكِّي، وَرَسُولِهِ إِلَى الْقَاضِي؛ لِأَنَّ الْإِلْزَامَ بِالشَّهَادَةِ لَا بِالتَّزْكِيَةِ.

غاية البيان

وقال أبو يوسفَ: إذا شهِدوا أنه كتابُه وخَتْمُه جاز وإن لم يَشْهَدُوا علىٰ ما في جَوْفِه.

وكذلك علىٰ هذا الاختلافِ قال أبو يوسفَ في «الأمالي»: إذا لم يَكُنِ الكتابُ مختومًا لَمْ يَجُزْ عندَ أبي حنيفةَ، سواءٌ شهِد الشهودُ أَوْ لَمْ يَشْهَدُوا، وعندَ أبي يوسفَ: إنْ شَهِدوا علىٰ ما فيه جاز، وإلا فلا»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وقال في «شرح الأقطع»: «وقد كان الشَّعْبِيُّ يَقْبَلُ الكتابَ مِن غيرِ شهادةٍ، والصحيحُ ما قُلنا؛ لأنَّ الخطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ، فلا يُؤْمَنُ مِن التزْوِيرِ على القاضي، فيُحْتاطُ في ذلك بالشهادةِ، ولأنَّ القاضيَ لا يَعْمَلُ بخَطِّ نفْسِه إذا وجَدَه في قِمَطْرِه[2] وتحتَ خَتْمِه إذا لم يَتَذَكَّرْه، فلَأَنْ لا يَعْمَلَ بخطِّ غيرِه بلا حُجَّةٍ أَوْلَىٰ وأَحْرَىٰ.

فلَمَّا كانتِ الشهادةُ واجبةً قُلنا: إنه حقٌّ لا يَسْقُطُ بالشبهةِ، وهو مما يَطَّلِعُ [١٠/١٧١ظ/د] عليه الرجالُ، فيُشْتَرَطُ فيه رجُلانِ، أَوْ رَجلٌ وامرأتانِ كما في سائرِ الحُقُوقِ»[3].

قولُه: (وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْقَاضِي إِلَى الْمُزَكِّي، وَرَسُولِهِ إِلَى الْقَاضِي)، أي: ورسولِ المُزَكِّي إلى القاضي يَعْنِي: يُقْبَلُ ثَمَّةَ بلا اشتراطِ الحُجَّةِ؛ لأنَّ التزْكيةَ ليست بمُلْزِمةٍ؛ لأن الإِلْزَامَ يَكُونُ بالشهادةِ لا بالتزكيةِ؛ لأنَّ القضاءَ يَكُونُ بالشهادةِ لا

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/ ٤١٨].

(٢) القِمَطْرُ والقِمَطْرةُ: ما يصان فيه الكتب. كذا جاء في حاشية: «ن». وينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/١٩٤].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٢].

قَالَ: وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ أَوْ يُعْلِمَهُمْ بِهِ) لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ بِدُونِ الْعِلْمِ (ثُمَّ يَخْتِمُهُ بِحَضْرَتِهِمْ وَيُسَلِّمُهُ إِلَيْهِمْ) كَيْ لَا يُتَوَهَّمَ التَّغْيِيرُ،

غاية البيان

بالتزكيةِ، وإنما شُرِعَتِ التزكيةُ لرُجحانِ جانبِ الصدقِ على جانبِ الكذبِ، فلا تكُونُ مُلْزِمةً شيئًا.

ألا تَرىٰ أنه لو قضَىٰ بدونِ التزكيةِ جاز، وكذلك كتابُ أهلِ الحربِ ليس بمُلْزِمٍ، ولا يُشترطُ الحُجَّةُ في قبوله؛ لأن الإمامَ بالخِيارِ [٢/٢٣٠و]: إنْ شاء أعطَى الأمانَ، وإنْ شاء لم يُعْطِه، وكتابُ القاضي مُلْزِمٌ، فإنه يَجِبُ على القاضي أن يَنظُرَ وإنْ لم يَعْمَلْ به. كذا قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب [٥/٣٢٢و/م] القاضي».

قولُه: (قَالَ: وَيَجِبُ أَنْ يَقْرَأَ الْكِتَابَ عَلَيْهِمْ لِيَعْرِفُوا مَا فِيهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ثم يخْتِمُه بحَضْرتِهم، ويُسَلِّمُه إليهم»[١].

يَعْني: يَجِبُ على القاضي الكاتبِ أنْ يَقْرَأَ الكتابَ على الشهودِ حتَّىٰ تَقَعَ لهم المعرفةُ بما فيه؛ لأن عِلْمَ الشهودِ بما في الكتابِ شرْطٌ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ.

وحصولُ العِلْمِ لهم بطريقين: إمَّا بالقراءةِ عليهم، وإمَّا بإخبارِ ما في الكتابِ، ثم يَخْتِمُ الكتابَ بحَضْرةِ الشهودِ، ويُسَلِّمُ الكتابَ إلى الشهودِ، وهذا روايةُ القُدُورِيِّ [١٠/١٧٢و/د]، وهو بخلافِ ما ذكَر في «أدب القاضي»؛ لأنه قال ثَمَّةَ: «يَدْفَعُ الكتابَ إلى الطالبِ»[٢]، وهو المُدَّعِي.

ألا تَرىٰ إلى ما قال الإمامُ النَّاصِحِيُّ في «[تهذيب][٣] أدب القاضي» للخَصَّافِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصَّاف [٣/٢٨٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ، لِأَنَّ عِلْمَ مَا فِي الْكِتَابِ وَالْخَتْمِ بِحَضْرَتِهِمْ شَرْطٌ، وَكَذَا حِفْظُ مَا فِي الْكِتَابِ عِنْدَهُمَا وَلِهَذَا يُدْفَعُ إِلَيْهِمْ كِتَابٌ آخَرُ غَيْرُ مَخْتُومٍ لِيَكُونَ مَعَهُمْ مُعَاوَنَةٌ عَلَىٰ حِفْظِهِمْ.

غاية البيان

وهو لفظُ الخَصَّافِ أيضًا في كتابِه[1]: «ويَقْرَأُ الكتابَ على الشهودِ الذين يُشْهِدُهُم عليه، ويَدْفَعُ إليهم نسخةً تكُونُ معَهم، ويَخْتِمُ الكتابَ بحَضْرتِهم، ويُشْهِدُهم أن هذا كتابُه إلىٰ فلانِ بنِ فلانِ بنِ فلانٍ قاضي بلدِ كذا، وهذا خاتمُه، ثم يَدْفَعُ الكتابَ إلىٰ الطالبِ.

فإنْ قَرَأَ الكتابَ عليهم وهم لا يَحْفَظُون ما فيه، وليس نُسْخَتُه معَهم، ولم يَخْتِمْهُ بحَضْرتِهم؛ لم يَجُزْ ذلك عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: يَجُوزُ وإنْ لم يَقْرَأْ عليهم ولَمْ يَشْهدُوا بما فيه بعدَ أنْ يَشْهَدُوا أن هذا كتابُه وخاتمُه، ويَقْبَلُه القاضي الثاني، ألا تَرَىٰ أن الخلفاءَ يَقْبَلُون كُتُبَ القضاةِ بغيرِ بيِّنَةٍ».

ثم قال النَّاصِحيُّ: «وقولُ محمَّدٍ مِثْلُ قولِ أبي حنيفةَ[2]، هكذا ذكَر ابنُ كاسٍ في «أدب القاضي»، وأبو بكرٍ الرَّازِيُّ، وقولُ ابنِ أبي ليلىٰ مِثْلُ قولِ أبي يوسفَ».

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ: أنهم يَشْهَدُون بما في الكتابِ ولا يَعْلَمُونَهُ، فلم يَجُزْ. قال تَعالىٰ: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦]. ولأنَّ الحُكْمَ يَتَعَلَّقُ بما في باطنِ الكتابِ، فوَجَبَ أنْ يَشْهَدُوا عليه.

ووجهُ قولِ أبي يوسفَ وابنِ أبي ليلىٰ: أنهم يَشْهَدُون علىٰ الكتابِ والخَتْمِ، وهو مَعْلُومٌ لهم، فجازَتْ شهادتُهم وإنْ لَمْ يَعْلَمُوا ما فيه، كما لو شَهِدُوا علىٰ صُرَّةٍ ولَمْ يَعْلَمُوا وَزْنَ ما فيه، فإنه يَجُوزُ [١٠/١٧٢ظ/د]، ولأنَّ باطنَ الكتابَ موضعُ سِرٍّ

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصَّاف [٣/٢٨٦].

(٢) وقع بالأصل: «قول أبي يوسف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ آخِرًا: شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَالشَّرْطُ أَنْ يُشْهِدَهُمْ أَنَّ هَذَا كِتَابُهُ وَخَتْمُهُ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْخَتْمَ لَيْسَ بِشَرْطٍ أَيْضًا فَسَهَّلَ فِي ذَلِكَ لَمَّا ابْتُلِيَ بِالْقَضَاءِ وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ. وَاخْتَارَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رحمه الله - قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ - رحمه الله -...

قَالَ: وَإِذَا وَصَلَ إِلَى الْقَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ[1] إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ

غاية البيان

الحُكَّامِ، ولا يُطْلِعُون عليه غيرَهم، فإذا شَهِدُوا بالكتابِ والخَتْمِ كفَى.

قال صاحبُ «الهداية» [٥/٣٢٢ط/م]: (وَاخْتَارَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ)، وأجمعوا في الشهادةِ على الصَّكِّ أنَّ عِلْمَ ما فيه شرْطٌ لصحَّةِ الشهادةِ.

قولُه: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ آخِرًا: شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ).

إنما قَيَّدَ بقولِه: (آخِرًا)؛ لأن قولَه الأوَّلَ مِثْلَ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ عِلْمَ ما في الكتابِ، وحِفْظَه، والخَتْمَ بحضْرتِهم شرْطٌ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا وَصَلَ إِلَى الْقَاضِي لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ)، وذلك لأن المَقْصُودَ من سماعِ الكتابِ وقبولِه: الحُكْمُ بما فيه، فلا يَجُوزُ الحُكْمُ بما فيه على غيرِ خصْمٍ، فيُشْتَرَطُ حضورُ الخَصْمِ، وليس كذلك سماعُ القاضي الكاتبِ شهادةَ الشهودِ، حيثُ يَجُوزُ بغيرِ خصْمٍ؛ لأن المَقْصُودَ نقْلُ الشهادةِ لا الحُكْمِ، كتحَمُّلِ شهودِ الفرعِ شهادةَ الأصولِ.

قال في «شرح الأقطع»: «قال أبو يوسفَ: يَقْبَلُه مِن غيرِ حضورِ خصْمٍ؛ لأن الكتابَ يَخْتَصُّ بالمكتوبِ إليه، فكان له أنْ يَقْبَلَه، والحكْمُ بعدَ ذلك يَقَعُ بما عَلِمَهُ مِن الكتابِ، فاعْتُبِر حضورُ الخَصْمِ عندَ الحُكْمِ به»[2].

---

(١) في حاشية الأصل: «خ: يفكه».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٣].

أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِهِ، بِخِلَافِ سَمَاعِ الْقَاضِي الْكَاتِبَ لِأَنَّهُ [٤٣/ط] لِلنَّقْلِ لَا لِلْحُكْمِ.

غاية البيان

قال الإمامُ أبو محمَّدٍ النَّاصِحيُّ النيسابوريُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «وإذا ورَد إلى القاضي كتابُ قاضٍ بحقٍّ على رَجُلٍ؛ جمَعَ بينَ الذي جاء بالكتابِ [٢/٢٣٠ط] وبينَ خَصْمِه، ثم يَدْعُوه بالكتابِ والشهودِ الذين يَشْهَدُون على الكتابِ؛ لأن هذه [١٠/١٧٣و/د] شهادةٌ يَقَعُ القضاءُ بها، فلا تُسْمَعُ على غيرِ خصْمٍ؛ كالشهادةِ على الشهادةِ لا تُسْمَعُ إلا على خَصْمٍ، فإنْ شَهِدوا بأن هذا كتابُ فلانٍ وخَتْمُه؛ سأله: هل قرَأ عليكم الكتابَ وختَمَه بحَضْرَتِكُم؟ فإنْ شهِدوا على ذلك قَبِلَه، وإنْ قالوا: لَمْ يَقْرَأْهُ علينا ولكن ختَمَه بحَضْرَتِنا؛ لم يَقْبَلْهُ، وكذا لو قالوا: قرَأه علينا ولَمْ يخْتِمْهُ بحَضْرتِنا؛ لم يَقْبَلْهُ، وقال أبو يوسفَ: يَقْبَلُه في ذلك كلِّه.

ولو كان العنوانُ مِن فلانِ بنِ فلانٍ إلى فلانٍ، أوْ مِن أبي فلانٍ إلى أبي فلانٍ؛ لم يَقْبَلْهُ؛ لأن مجرَّدَ الاسمِ ومجرَّدَ الكُنْيةِ[١] لا يَقَعُ التعريفُ به، فإذا لَمْ يَعْرِف أنه المكتوبُ إليه لَمْ يَقْبَلْهُ، وليس كذلك إلى قاضي بلدِ كذا؛ [لأن قاضيَ بلدِ كذا][٢] يَكُونُ واحدًا في الأغلبِ، فقد عرفَه بإضافتِه إلى بلدتِه، ولا يَلْزَمُ أيضًا إذا كتَبَ: إلى قضاةِ المسلمين؛ فإنه يُقْبَلُ؛ لأنه كتَب إلى كلِّ قاضٍ، وههنا كتَبَ إلى كلِّ واحدٍ وهو مَجْهُولٌ.

وقال أبو يوسفَ: يَقْبَلُه إذا شهِد الشهودُ أنه كتابُ فلانٍ القاضي ببلدِ كذا إليك؛ لأنه عُرِفَ [٥/٣٢٣و/م] الكتابُ إليه بقولِه: إلى قاضي بلدِ كذا، وعُرِفَ المكتوبُ إليه بالإشارةِ إليه، إلا أنْ تَكُونَ الكُنْيةُ مشهورةً، مِثْلَ: كُنْيةِ أبي حنيفةَ -يَعْنِي: تُقْبَلُ حينَئِذٍ؛ لأنَّ المَقْصُودَ- وهو التعريفُ -يَحْصُلُ بدونِ الاسمِ والنِّسْبةِ».

---

(١) وقع بالأصل: «ومجرد الكيفية». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

غاية البيان

قال أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في «شرح أدب القاضي»: وكذلك النسبةُ إلى أبيه، مِثْلُ: عَلِيٍّ بنِ أبي طالبٍ، وعُمرَ بنِ الخَطَّابِ؛ لأن الغرضَ منه التعريفُ، وقد حَصَلَ».

وذكَر أبو عَلِيٍّ عن أبي يوسفَ [١٠/١٧٣ظ/د]: «أنه إنْ كتَبَ: مِن ابنِ فلانٍ إلى ابنِ فلانٍ؛ لم يَجُزْ وإنْ كان مشهورًا، مِثْلُ ابنِ أبي ليلى وابنِ شُبْرُمَةَ».

وذكَر ابنُ كاسٍ في «أدب القاضي»: «ذلك في نسخةِ أبي سليمانَ: يَجُوزُ».

وفي «شرح أدب القاضي» لابنِ كاسٍ الذي شرَحَه أبو عَلِيٍّ السَّمَرْقَنْدِيُّ(١): أن الكُنْيَةَ لو كانت مشهورةً مِثْلَ: أبي حنيفةَ؛ يُقْبَلُ على روايةِ أبي سليمانَ، ولا يَجُوزُ في سائرِ الرواياتِ؛ لأن الناسَ يَشْتَرِكون في الكُنَى إلا أنَّ أحدَهم يَشْتَهِرُ به، فالمكتوبُ إليه لا يَعْرِفُ أن الكاتبَ هو الذي اشتهَر بهذه الكنيةِ أوْ غيرِه، فلا يُقْبَلُ.

قال محمدُ بنُ الحسنِ: لو كان على الكتابِ أسماؤُهما وأسماءُ آبائِهما، ولم يَكُنْ ذلك في داخلِ الكتابِ؛ لم يَقْبَلْهُ».

وذكَر أبو عَلِيٍّ: «قال أبو يوسفَ: إذا أتَى بكتابِ القاضي إلى قاضٍ غيرِه، وليس عليه عنوانٌ، وهو مختومٌ بخاتمه؛ فإنه يَقْبَلُه إذا شهِدوا على الكتابِ والخاتمِ، فإن لم يَكُنْ داخلَ الكتابِ اسمُ القاضي واسمُ المكتوبِ إليه، أوْ كان فيه أسماؤُهما وليس فيه أسماءُ آبائِهما، أوْ كتبَ اسمَ القاضي ونسبَه إلى جدِّه في عنوانِه، ولَمْ يَكُنْ داخلَ الكتابِ أسماؤُهما وكُنَاهما؛ لَمْ يَقْبَلْه»(٢). كذا ذكَر النَّاصِحيُّ.

---

(١) أبو عَلِيٍّ السَّمَرْقَنْدِيُّ: لَمْ يُمَيِّزه المؤلِّف، ولَمْ نهْتَدِ إلى الجزم بتعْيينه، وإنْ كان يحتمل أنْ يكون هو: محمد بن الوليد السَّمَرْقَنْدِيُّ أبو عَلِيٍّ الفقيه الحنفيُّ. مِن كُتبه: «الجامع الأصغر» في فروع الفقه، و«مجموع الفتاوى». وكان معاصرًا لأبي عبد الله الدَّامغَانيِّ، وقد توفي بعد سنة: (٤٥٠هـ). ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢/١٤١]. و«هدية العارفين» للباباني [٢/٧١].

(٢) ينظر: «الجوهرة النيرة» [٢/٢٤٤]، «العناية» [٧/٢٩٣].

قَالَ: وإِذَا سَلَّمَ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نظرَ إِلَىٰ خَتْمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي؛ سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ، وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا، وَخَتَمَهُ؛ فَتَحَهُ الْقَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ، وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ.

غاية البيان

قولُه: (لَمْ يَقْبَلْهُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الْخَصْمِ)، أي: لَمْ يَأْخُذِ القاضي المكتوبُ إليه الكتابَ إلا بمَحْضرِ مِن الخَصْمِ، وهو المُدَّعَىٰ عليه. وفي بعضِ النُّسَخ: «لَمْ يفْتكَّه»(1) [١٠/١٧٤و/د] بالكافِ، مِن الافتكاكِ.

قولُه: (قَالَ: وإِذَا سَلَّمَ الشُّهُودُ إِلَيْهِ نَظَرَ إِلَىٰ خَتْمِهِ، فَإِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُ فُلَانٍ الْقَاضِي؛ سَلَّمَهُ إِلَيْنَا فِي مَجْلِسِ حُكْمِهِ، وَقَرَأَهُ عَلَيْنَا، وَخَتَمَهُ؛ فَتَحَهُ الْقَاضِي وَقَرَأَهُ عَلَى الْخَصْمِ، وَأَلْزَمَهُ مَا فِيهِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(2)، وهذا الذي [٥/٣٢٣ظ/م] ذكرَه قولُ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ رحمهما الله(3).

وقال أبو يوسفَ رحمه الله وابنُ أبي ليلىٰ رحمه الله: إذا شَهِدوا أنه كتابُه وخاتمُه قَبِلَه، ولا حاجةَ إلىٰ اعتبارِ قراءةِ القاضي الكاتبِ علىٰ الشهودِ؛ لأنهم لَمَّا شهِدوا أن الكتابَ كتابُه، والخَتْمَ خَتْمُه ثَبَتَ أنه كتابُ القاضي الكاتبِ، فإذا قرَأه عرفَ ما فيه.

وجهُ [٢/٢٣١و] قولِهما(4): أن الشهادةَ بما في الكتابِ، فإذا لم يَعْرِفِ الشهودُ

(١) أشار إلىٰ هذا الاختلاف: المؤلفُ في حاشية النسخة التي بخطه مِن «الهداية» [٢/ق٤٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، البَابِرْتي في حاشية النسخة التي بخطه مِن «الهداية» [ق/ ٢١٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. واللفظُ الأول: «لَمْ يَقْبَلْهُ»: هو المثبت في المطبوع مِن «الهداية» للمرغيناني [٣/١٠٦]. وكذا في نُسَخ: الأَرْزَكَانِيِّ، والشَّهْرَكَنْدِيِّ، والقاسِمِيِّ، والقَسْطمونويِّ، وكذا في نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/ ٤٣/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

(٣) ينظر: «أدب القاضي» مع شرحه [ص ٣٩٩]، «المبسوط» [١٦/٩٦]، «تبيين الحقائق» [٤/١٨٦].

(٤) وقع بالأصل: «وجه قوله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: إِذَا شَهِدُوا أَنَّهُ كِتَابُهُ وَخَاتَمُهُ قَبِلَهُ عَلَى مَا مَرَّ. وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْكِتَابِ ظُهُورَ الْعَدَالَةِ لِلْفَتْحِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَفُضُّ الْكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَدَالَةِ، كَذَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ لِأَنَّهُ رُبَّمَا يُحْتَاجُ إِلَى زِيَادَةِ الشُّهُودِ وَإِنَّمَا يُمْكِنُهُمْ أَدَاءُ الشَّهَادَةِ بَعْدَ قِيَامِ الْخَتْمِ.

غاية البيان

ما في الكتابِ لم يُقْبَلْ شهادتُهم.

وأمَّا اعتبارُ الختمِ بحَضْرةِ الشهودِ: فلأنه لا يُؤْمَنُ أنْ يُزَادَ فيه، فلم يَجُزْ أنْ يَشْهَدُوا بالشكِّ.

قولُه: (عَلَى [مَا][1] مَرَّ)، إِشَارةٌ إلى ما قال قبلَ هذا: (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ آخِرًا: شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ لَيْسَ بِشَرْطٍ، وَالشَّرْطُ أَنْ يُشْهِدَهُمْ أَنَّ هَذَا كِتَابُهُ وَخَتْمُهُ).

قولُه: (وَلَمْ يَشْتَرِطْ فِي الْكِتَابِ ظُهُورَ الْعَدَالَةِ لِلْفَتْحِ)، أي: لم يَشْتَرِطِ القُدُورِيُّ في «مختصره» العدالةَ لفَتْحِ الكتابِ؛ لأنه قال: «فإذا شهدوا أنه كتابُ فلانٍ القاضي؛ سَلَّمه إلينا في مجلسِ حُكْمِه [١٠/١٧٤ظ/د]، وقرأه علينا، وختَمَه؛ فتحَه القاضي»[2]. ولم يَقُلْ: فإذا شهِدوا وعُدِّلُوا. فعُلِمَ أنه لم يَشْتَرِطِ العدالةَ.

قال صاحب «الهداية»: (وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ يَفُضُّ الْكِتَابَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَدَالَةِ. كَذَا ذَكَرَهُ الْخَصَّافُ[3]).

قال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» للخَصَّافِ: «وإذا شهد الشهودُ على الكتابِ وعلى خاتمِ القاضي، وهو كتابٌ صحيحٌ، فإنْ كان القاضي يَعْرِفُ الشهودَ الذين شهِدوا على الكتابِ بالعدالةِ؛ فَكَّ الخاتمَ بمَحْضرٍ مِن الطالبِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].
(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/٢٨٦].

وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الْكَاتِبُ عَلَى الْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ، أَوْ عُزِلَ، أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الْكِتَابِ؛ لَا يَقْبَلُهُ؛ لِأَنَّهُ الْتَحَقَ

غاية البيان

والمطلوبِ، ويَعْمَلُ بما فيه ويُنَفِّذُه؛ وذلك لأنهم لو شهِدوا على الحقِّ ـ وقد عرفَهم القاضي بالعدالة ـ عَمِل بهم أيضًا، ولا يَحْتَاجُ إلى أنْ يَسْأَلَ، وذلك لأن السؤالَ إنما يَكُونُ لظهورِ العدالةِ، فإذا كان ظاهرَ العدالةِ فلا حاجةَ إلى السؤالِ في هذا الموضع.

وإنْ كان لا يَعْرِفُهُم بالعدالةِ لم يَفُكَّ الخاتمَ، ولكنْ يَسْأَلُ عنهم؛ وذلك لأن الفَكَّ للخاتمِ نوعُ عمَلٍ بالكتابِ، والكتابُ لا يُعْمَلُ به ما لم تَظْهَرْ عدالةُ الشهودِ على الكتابِ؛ ولأن العدالةَ متى لم تَظْهَرِ احتاجَ المُدَّعِي إلى أنْ يَزِيدَ في شُهودِه.

وإنما يُمْكِنه أنْ يَزِيدَ في شهودِه إذا لم يفُكَّ القاضي الخاتمَ حتَّى شَهِدُوا على أن هذا خاتمُ القاضي، فأمَّا إذا فكَّ الخاتمَ: لا يُمْكِنُهم أنْ يَشْهَدُوا على أن [١٠/١٧٥و/د] هذا خاتمُ القاضي، فلَمْ يَكُنْ فيه فائدةٌ، وكان [د/٣٢٤و/م] فيه ضررٌ للمُدَّعِي، فلا يَفُكُّ الخاتمَ ما لم تَظْهَرْ عدالةُ الشهودِ».

قال النَّاصِحيُّ: «فإنْ لَمْ يُعْرَفُوا قال القاضي: زِدْ في شهودِك؛ لأنه لم يَثْبُتْ أنه كتابُ الحاكمِ، فوَجَبَ أنْ يَأْتِيَ بشهودٍ آخَرِينَ».

قولُه: (وَإِنَّمَا يَقْبَلُهُ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِذَا كَانَ الْكَاتِبُ عَلَى الْقَضَاءِ، حَتَّى لَوْ مَاتَ، أَوْ عُزِلَ، أَوْ لَمْ يَبْقَ أَهْلًا لِلْقَضَاءِ قَبْلَ وُصُولِ الْكِتَابِ؛ لَا يَقْبَلُهُ)، ذكرَ هذا تفريعًا على ما تقدَّم مِن مسائلِ القُدُورِيِّ.

قال أبو محمدٍ النَّاصِحيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: فإن لم يَصِلِ[1] الكتابُ حتَّى مات القاضي الذي كتَب، أوْ عُزِلَ، أوْ عَمِيَ، أوْ فسَقَ[2]، أوْ صار

(١) في «غ»: «فإن لَمْ يقبل». كذا جاء في حاشية: «ن».
(٢) أي: بعد تقليد القضاء.

بِوَاحِدٍ مِنَ الرَّعَايَا، وَلِهَذَا لَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهُ قَاضِيًا آخَرَ فِي غَيْرِ عَمَلِهِ أَوْ فِي غَيْرِ عَمَلِهِمَا، وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ إِلَّا إِذَا كَتَبَ إِلَى فُلَانِ بْنِ فُلَانٍ قَاضِي

غاية البيان

بحالٍ لا يَجُوزُ حُكْمُه؛ لم يَقْبَلِ المكتوبُ إليه ذلك الكتابَ؛ لأنه خرَج مِن أنْ يَكُونَ حاكمًا في هذه الحالةِ، فلا يَنْفُذُ الحُكْمُ بكتابِه، كما لو خرَج شهودُ الأصلِ مِن أن يَكُونُوا مِن أهلِ الشهادةِ؛ بفِسْقٍ، أوْ عَمًى؛ لم يَجُزِ الشهادةُ على شهادتِهم، كذلك هذا.

ولو مات شهودُ الأصلِ قُبِلَتِ الشهادةُ على شهادتِهم كذلك، ولو مات القاضي الكاتبُ لَمْ يُقْبَلْ كتابُه؛ لأن الموتَ لا يُبْطِلُ حُكْمَ الشهادةِ؛ بدليلِ أن الشهودَ لو ماتوا قبلَ التعديلِ ثم عُدِّلوا حُكِمَ بتلك الشهادةِ، والموتُ يُخرِجُ القاضي مِن القضاءِ؛ بدليلِ أنه [١٠/١٧٥ظ/د] لو سَمِعَ الشهادةَ ثم مات قبلَ التعديلِ فعُدِّلوا عندَ القاضي الثاني؛ لَمْ يُنَفِّذْ ذلك السماعَ، ولا فرْقَ بينَ موتِه وعزْلِه، فإذا لم [٢/٢٣١ظ] يُقْبَلْ بعدَ العزْلِ؛ لَمْ يُقْبَلْ بعدَ الموتِ».

قولُه: (وَكَذَا لَوْ مَاتَ الْمَكْتُوبُ إِلَيْهِ)، أي: لا يَقْبَلُه قاضٍ آخرُ؛ لأنه كُتِبَ [إلى][(١)] غيرِه، وهو قد مات، إلا إذا كتَب: إلى قاضي بلدةِ كذا فلانِ بنِ فلانِ [بنِ فلانٍ][(٢)] الفلانيِّ، وإلى كل مَن يَصِلُ مِن قُضاةِ المسلمين، فحينَئذٍ يُقْبَلُ الكتابُ بعدَ موتِ قاضي تلك البلدةِ المكتوبِ إليه؛ لأن غيرَ المكتوبِ إليه صار تبعًا له، وهو مَعْلُومٌ.

بخلافِ ما إذا كتَبَ ابتداءً: مِن قاضي كُورَةِ كذا فلانِ بنِ فلانِ [بنِ فلانٍ][(٣)] الفلانيِّ إلى كل مَن يَصِلُ إليه مِن قُضاةِ المسلمين؛ حيثُ لا يُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ش».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«تح»، و«غ»، و«ش».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ش».

بَلْدَةِ كَذَا وَإِلَىٰ كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ مِنْ قُضَاةِ الْمُسْلِمِينَ لِأَنَّ غَيْرَهُ صَارَ تَبعًا لَهُ وَهُوَ مُعَرَّفٌ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَتَبَ ابْتِدَاءً إِلَىٰ كُلِّ مَنْ يَصِلُ إِلَيْهِ عَلَىٰ مَا عَلَيْهِ مَشَايِخُنَا

غاية البيان

وإليه ذهَب مشايخُنا خلافًا لأبي يوسفَ؛ لأنه مَجْهُولٌ.

ورأيتُ في كتابِ «المجرَّد» للحسنِ بنِ زيادٍ: «وإنْ مات القاضي الذي كَتَب به إليه؛ لم يَنْبَغِ للقاضي أنْ يَقْبَلَ منه الكتابَ، ولا [٥/٣٢٤ظ/م] يَسْمَعَ منه إذا مات أوْ عُزِل، فإنْ قَبِلَ القاضي [منه][1] في هذه الوجوهِ، وسَمِع منه، وقضَىٰ به؛ كان ذلك خطأً، وهو مما يُخْتَلَفُ فيه، ويَنْفُذُ ذلك، وإنِ اختُصِمَ فيه إلىٰ قاضٍ آخرَ وقد قضَىٰ به؛ أنفَذَه؛ لأنه مما يَخْتَلِفُ فيه القضاةُ» [١٠/١٧٦و/د]. ثم قال الحسنُ: «وهذا كلُّه قولُ أبي حنيفةَ ﷺ».

وقال في «شرح الأقطع»: «قال أصحابُنا: إذا مات القاضي الكاتبُ، أوْ عُزِل قبلَ وصولِ كتابِه؛ لم يَقْبَلْهُ المكتوبُ إليه، وعن أبي يوسفَ في «الإملاءِ»: أنه يَقْبَلُ، وبه قال الشَّافعيُّ ﷺ[2]».

وقال فيه أيضًا: «قال أبو حنيفةَ وزُفَرُ: إذا انكسَرَ خَتْمُ القاضي لم يَقْبَلْه المكتوبُ إليه، وقال أبو يوسفَ ﷺ: يَقْبَلْه»[3].

وَجهُ قولِهما: أن كَسْرَ الختمِ يُوجِبُ تهمةً فيما شهِد به الشهودُ؛ لجوازِ أنْ يَكُونَ زِيدَ فيه، فلَمْ يُقْبَلْ معَ التهمةِ، وهذا إذا لم يَحْفَظُوا ما فيه، وعلىٰ قولِ أبي يوسفَ: قد وقعَتِ الشهادةُ علىٰ الكتابِ، وما فيه يُعْلَمُ بالقراءةِ، فلَمْ يُؤَثِّرْ كَسْرُ الخَتْمِ فيه[4].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [٥٢٤/٧]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» لأبي إسحاق الشيرازي [ص/ ٢٥٦]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٢٠٢/٨].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٤].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٥].

لِأَنَّهُ غَيْرُ مُعَرَّفٍ، وَلَوْ كَانَ مَاتَ الْخَصْمُ يُنَفِّذُ الْكِتَابَ عَلَىٰ وَارِثِهِ؛ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ.

وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَىٰ الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّ فِيهِ

غاية البيان

ونقَلَ النَّاطِفِيُّ في «الأجناس» عن «نوادر هشام»: قال أبو يوسف: «إنْ عُزِلَ القاضي أوْ مات وهو المكتوبُ له إليه، ثم قُدِّمَ الخَصْمُ الذي عليه المالُ إلى القاضي الذي كَتَبَ الكتابَ وقد غابَتْ بَيِّنَتُه، واحتجَّ المكتوبُ [له][1] بكتابِه عليه؛ قال: لا أقضِي بذلك عليه؛ لأنهم شهِدوا عندَه على رجلٍ غائبٍ حتَّىٰ يُحْضِرَ بَيِّنَةً ثانيةً على خَصْمِه وهو [١٠/١٧٦ظ/د] حاضرٌ، لكن لو كان وصَلَ الكتابُ إلى القاضي الذي كتَبَ إليه بذلك؛ كان الكتابُ بمنزلةِ الشهودِ، وقد كان أبو يوسفَ ابْتُلِيَ بهذا مرَّةً»[2].

قولُه: (وَلَوْ كَانَ مَاتَ الْخَصْمُ يُنَفِّذُ الْكِتَابَ عَلَىٰ وَارِثِهِ؛ لِقِيَامِهِ مَقَامَهُ)، ذكَره تفريعًا أيضًا، يعني: لو مات الخَصْمُ ـ وهو المُدَّعَىٰ عليه ـ قبلَ وصولِ كتابِ القاضي إلى القاضي؛ يُنَفِّذُ القاضي المكتوبُ إليه الكتابَ على وَارثِ الخَصْمِ.

قولُه: (وَلَا يُقْبَلُ كِتَابُ الْقَاضِي إِلَىٰ الْقَاضِي فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3]، وذلك لأن كتابَ القاضي إلى القاضي [في الحدودِ][4] بمنزلةِ الشهادةِ على الشهادةِ؛ لأن كتابَه يَنْقُلُ شهادةَ الأصولِ، كما أن شهودَ الفرعِ يَنْقُلُون بعبارتِهم شهادةَ الأصولِ.

ثم الشهادةُ على الشهادةِ لا تَجُوزُ في الحدودِ والقِصَاصِ، فكذلك كتابُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وفي «م»: «إليه». وفي «الأجناس»: «واحتجَّ بكتابه». ينظر: «الأجناس» لأبي العباس النَّاطِفِيِّ [ق٢٨٣/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٧١)].

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/ ١٧٠].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ فَصَارَ كَالشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَلِأَنَّ مَبْنَاهُمَا عَلَى الْإِسْقَاطِ وَفِي قَبُولِهِ سَعْيٌ فِي إِثْبَاتِهِمَا.

غاية البيان

القاضي فيها؛ لأن فيه شُبْهَةَ البدليَّةِ، والحدودُ والقِصَاصُ يَسْقُطُ[1] بالشُّبهاتِ، ولأن [٥/٣٢٥و/م] الكتابَ قد يُزَوَّرُ؛ لأن الخَطَّ قد يُشْبِهُ الخَطَّ، فيَتَمَكَّنُ نوعُ شُبْهَةٍ.

ونخْتِمُ البابَ بما ذكَر الحسنُ في «المجرَّد» مِن صورةِ كتابِ القاضي إلى القاضي، وهي قولُه: «مِن فلانٍ قاضي كُورةِ كذا إلى فلانِ بنِ فلانٍ قاضي كُورةِ كذا، سلامٌ عليك، فإني أحمدُ إليك اللهَ الذي لا إلهَ إلا هو.

[٢/٢٣٢و] **أمَّا بعدُ**: فإن رَجُلًا أتاني [١٠/١٧٧و/د] يُقَالُ له: فلانُ بنُ فلانٍ، وذكَر أن له على رجلٍ في كُورةِ كذا حقًّا، فسألني أنْ أسمعَ مِن بيِّنتِه، وأكْتُبَ إليك[2] بما يَسْتَقِرُّ عندي مِن ذلك، فسألْتُه البيِّنةَ، فأتاني بعدَّةٍ منهم: فلانٌ وفلانٌ [وفلانٌ][3]، ويُحَلِّيهم[4] ويَنْسُبُهم.

فشَهِدوا عندي: أن لفلانِ بنِ فلانٍ الفلانيِّ على فلانِ بنِ فلانٍ الفلانيِّ كذا كذا درهمًا دَيْنًا حالًّا، وسألني أن أُحَلِّفه ما قَبَضَ منها شيئًا، ولا قَبَضَه له قابضٌ بوكالةٍ، ولا احتالَ بشيءٍ منها، فأحْلَفْتُه فحلَف باللهِ الذي لا إلهَ إلا هو ما قَبَضَ مِن هذا المالِ الذي قامَتْ به البيِّنةُ عندي، ولا قَبَضَه له وَكِيلٌ، ولا أحالَه، ولا قبَضه له قابضٌ، وإنها له عليه.

فسألني أنْ أَكْتُبَ له إليك بما يَسْتَقِرُّ عندي، فكتبْتُ إليك بهذا الكتابِ، وأشهدتُ عليه شهودًا أنه كتابي وخاتَمي، وقرأتُه على الشهودِ.

---

(١) وقع بالأصل: «تثبت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «وأكتب الباب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) وقع بالأصل: «ويحليتهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

قال: ثم يَطْوِي الكتابَ، ويَخْتِمُ عليه، ويَخْتِمُ الشهودُ عليه، فهو أَوْثَقُ[(١)]، ثم يَكْتُبُ عليه عنوانَ الكتابِ: مِن فلانٍ قاضي كُورةِ كذا إلى فلانٍ قاضي [١٠/١٧٧ظ/د] كُورةِ كذا، ثم يدْفَعُه إلى المُدَّعِي.

فإذا أتَى به المُدَّعِي القاضِيَ الذي بالكُورةِ، فذكَر أن هذا كتابُ القاضي إليه؛ سأله البَيِّنَةَ على كتابِ القاضي، ولا يَنْبَغِي له أنْ يَسْمَعَ مِن بَيِّنَةِ المُدَّعِي حتى يُحْضِرَ[(٢)] الخَصْمَ، فإذا أحضَره وأقرَّ أنه فلانُ بنُ فلانٍ الفلانيُّ؛ قُبِلَ بَيِّنَتُه وسُمِعَ منه، فإذا أنكَر قال له: جِئْنِي بِالبَيِّنَةِ أن هذا فلانُ بنُ فلانٍ الفلانيُّ.

فإذا جاء بِبَيِّنَةٍ - وعُدِّلُوا - سمع مِن بَيِّنَةِ المُدَّعِي على أن هذا كتابُ القاضي الذي ذكرَ، فيَقُولُ لهم: أَقَرَأَ عليكم ما فيه؟

فإذا قالوا: نعم. قد قرَأه علينا، وأشْهَدَنا أن هذا كتابُه، ثم ختَمه، وقال: إن هذا خاتَمي، فإذا سمع منهم لم يَكْسِرِ الخاتمَ حتَّى يَسْأَلَ عنهم، فإذا عُدِّلُوا لَمْ يَكْسِرِ الخاتمَ حتَّى يَحْضُرَ الخَصْمُ، فإذا حضَر الخَصْمُ كسَر الخاتمَ وقرَأ عليهم وعلى الخَصْمِ ما في الكتابِ.

فإنْ قال الشهودُ: نعم. قد أشْهَدَنا على ما فيه على [٥/٣٢٥ظ/م] ما قَرَأ علينا؛ سأل الخَصْمَ عما شُهِدَ به عليه، فإنْ أقرَّ ألزَمَه إيَّاه، وإنْ أنكَر قال: لك حُجةٌ، وإلا قَضَيْتُ عليك بما فيه، فإنْ لم يَكُنْ له حُجَّةٌ قضى عليه، وإن كانت له حُجَّةٌ قَبِلَ حُجَّتَه.

وإنْ قال: لستُ أنا فلانٌ الذي شَهِدوا عليه [١٠/١٧٨و/د] بهذا المالِ، قال له:

---

(١) وقع بالأصل: «فهو أوفق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«نح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «ثم يحضر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«نح»، و«غ»، و«ض».

....

هاتِ بَيِّنَةً أن في هذه الصناعةِ أو القبيلةِ رجلًا يُنْسَبُ بمِثْلِ ما تُنْسَبُ إليه وإلا ألزمْتُك ما شُهِدَ به، فإنْ جاء بِبَيِّنَةٍ على أن في تلك القبيلةِ والصناعةِ مَن يُنْسَبُ بمِثْلِ ما نُسِب إليه؛ أبطلَ الكتابَ، وإنْ لم يَكُنْ في تلكَ القبيلةِ ولا الصناعةِ أحدٌ على اسمِه واسمِ أبيه؛ قضَى عليه». إلى هنا لفْظُ كتابِ «**المجَرَّد**».

[هذا آخرُ الدفترِ العاشرِ مِن كتابِ «**غاية البيانِ في شرح الهداية**»، كتبه مُؤلِّفه الفقيرُ إلى اللهِ تعالى: أبو حنيفةَ أمِيرُ كاتب بنُ أمِير عُمَر العَمِيد المدْعو بـ قِوَام الفَارَابِيُّ الأَتْقَانِيُّ في السادسِ والعشرين مِن جُمادَى الآخرةِ مِن سنةِ أربعين وسبعِ مئةٍ ببغداد في الجانب الشرقِيِّ منه، ويتلوه في الحادي عشر: فصْلٌ آخرُ، قال: (**وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ**) إنْ شاء اللهُ تعالى][1].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».

فَصْلٌ آخَرُ

(وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ) اعْتِبَارًا بِشَهَادَتِهَا. ....

غاية البيان

[بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ][1]

[اللهُمَّ يَسِّرْ وَتَمِّمْ بِالْخَيْرِ][2]

فَصْلٌ آخَرُ

قال: (وَيَجُوزُ قَضَاءُ الْمَرْأَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ)، وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ[3].

اعلم أوَّلًا: أن كتابَ القاضي إلى القاضي إذا كان سِجِلًّا يَجِبُ على القاضي المكتوبِ إليه إمضاؤُه إذا كان في محلٍّ مُجْتَهَدٍ فيه، وإذا كان كتابًا حُكْمِيًّا فله الخِيارُ بينَ الإمضاءِ والرَّدِّ، فلَمَّا كان كذلك؛ احتاج إلى بيانِ تَعْدادِ مَحالِّ الاجتهادِ بذِكْرِ أصلٍ يجْمَعُها، فذَكَر هذا الفصلَ لبيانِ ذلك وما يَلْحَقُ به.

قال الإمامُ العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الكبير»: «امرأةٌ قُلِّدَتِ القضاءَ، فقَضَتْ في الأموالِ؛ صحَّ؛ لأنها تصْلُحُ شاهدةً في بابِ المالِ، فتَصْلُحُ قاضيةً، ولو قضَتْ بالحدودِ والقِصَاصِ وأمضاه قاضٍ آخرُ يرَىٰ جوازَه نَفَذَ بالإجماعِ؛ لأن نَفْسَ القضاءِ مُجْتَهَدٌ فيه، فإنَّ شُرَيحًا كان يُجَوِّزُ شهادةَ النساءِ معَ رجلٍ في الحدودِ والقِصَاصِ».

وقال الشيخُ أبو الْمُعِينِ النَّسَفِيُّ في «شرح الجامع الكبير»: «وقضاءُ المرأةِ فيما سِوَىٰ الحدودِ جائزٌ؛ لأن شهادتَها فيه مقبولةٌ، وفي الحدودِ يَتَوَقَّفُ قضاؤُها

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«نح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ.

وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى الْقَضَاءِ، إِلَّا أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ قُلِّدَ

غاية البيان

[٥/٣٢٦و/م]؛ لأن الناسَ[1] اختلفُوا في جوازِ شهادتِها في الحدودِ، فأجاز ذلك شُرَيْحٌ وبِشْرٌ، فكان القضاءُ مُجْتَهداً فيه، وليس بمقابلةِ ذلك نَصٌّ قاطِعٌ.

والمَرْوِيُّ عن الزُّهْرِيِّ: «مضَتِ السُّنَّةُ [٢/٢٣٢ظ] مِنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ: أَلَّا تُقْبَلَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ وَالقِصَاصِ»[2]: ليس بنصٍّ، بل هو مُئَوَّلٌ، يَحْتَمِلُ على حالِ انفرادِهِنَّ، فلَمْ تَنْتَفِ شهادتُهنَّ عندَ الانضمامِ إلى الرجالِ بدليلٍ مقطوعٍ، فكانت لهن ـ على قولِ هؤلاء في الجملةِ ـ شهادةٌ.

ولو قضَى القاضي في الحدودِ بشهادةِ رَجُلٍ وامرأتَيْنِ؛ نَفَذَ قضاؤُه، وليس لغيرِه إبطالُه؛ لأنه قضَى في فصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه، وليس نَفْسُ القضاءِ ههنا مختلفًا فيه[3]». إلى هنا لفْظُه رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ الْوَجْهُ)، إشارةٌ إلى ما قال قبلَ هذا الفصلِ بخَطٍّ[4]، وهو قولُه: (لِأَنَّ فِيهِ شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ).

قولُه: (وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَى الْقَضَاءِ، إِلَّا أَنْ يُفَوِّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[5].

---

(١) وقع بالأصل: «إلى الناس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٨٧١٤]، وأبو يوسف في «الخراج» [ص/ ١٧٩]، وعنه محمد بن الحسن في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٥٠٥/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]. عن الزُّهْرِيِّ ﷺ به دون قوله: «وَالقِصَاصِ».

(٣) ينظر: «العناية» [٧/٢٩]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٤٣]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٨٤].

(٤) يعني: بسَطْرٍ، والمؤلفُ يُعَرِّفُ السُّطُورَ: بالخُطوط.

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٦].

الْقَضَاءُ دُونَ التَّقْلِيدِ بِهِ فَصَارَ كَتَوْكِيلِ الْوَكِيلِ. ....

غاية البيان

قال الشيخُ أبو الْمُعِينِ في «شرح الجامع الكبير»: «القاضي لا يَجُوزُ استخلافُه إلا إنْ فَوَّضَ السلطانُ إليه ذلك؛ لأنه استفاد القضاءَ بالإذنِ، ففي حقِّ ما لَمْ يُؤْذَنْ به بَقِيَ على ما كان قَبْلَ الإذْنِ، ويَجُوزُ استخلافُه بعدَما فُوِّضَ إليه؛ لأنه ملَكَ ذلك بإذْنِ السلطانِ، كما ملَكَ القضاءَ بنفسِه بينَ الناسِ.

واعْتُبِرَ هذا بالوكيلِ بالبَيْعِ إذا وَكَّلَ غيرَه، بخلافِ الْمُسْتَعِيرِ؛ حيثُ كان له أنْ يُعِيرَ؛ لأن المنافعَ تَحْدُثُ على مِلْكِه، فيَمْلِكُ تمليكَ ذلك مِن غيرِه، وكان متصرِّفًا بحُكْمِ المِلْكِ، بخلافِ ما نحنُ فيه، فإنه يَتصرَّفُ بحُكْمِ الإذْنِ، فيَمْلِكُ بقدرِ ما أذِنَ له».

قال: «وعبَّر مشايخُنا عن هذا وقالوا: مَن قام مقامَ غيرِه لغيرِه؛ لا يَكُونُ له أنْ يُقِيمَ غيرَه مقامَ نفْسِه، كما في الوَكِيلِ والمُودَعِ وغيرِ ذلك، ومَن قام مقامَ غيرِه لنفسِه؛ كان له أنْ يُقِيمَ غيرَه مقامَ نفْسِه، وفِقْهُه ما بَيَّنَّا».

ثم قال: «فلو أن القاضيَ الذي لَمْ يُؤمَرْ بالاستخلافِ أمَرَه غيرُه ليَقْضِيَ، فقضى، ثم أجازه القاضي؛ يُنْظَرُ: إنْ كان [هذا][1] الْمُسْتَخْلَفُ ممن يَصْلُحُ أنْ يَكُونَ قاضيًا؛ صحَّتِ الإجَازَةُ، وإلا فلا».

وبيانُه فيما قال العَتَّابِيُّ: «فإنْ لَمْ يُوَلِّه الخليفةُ ذلك، فقضى المَأْمُورُ بينَ اثنين، فأجازه القاضي؛ جاز إنْ كان المَأْمُورُ مِن أهلِ القضاءِ [٥/٣٢٦ظ/م]، وإنْ كان محدودًا في قَذْفٍ وتاب؛ جاز إمضاؤُه، وإنْ كان صبيًّا، أوْ عبدًا، أوْ نصرانيًّا؛ لَمْ يَجُزْ إمضاؤُه، ولا يَرِدُ على هذا الوصيُّ، فإنه يَمْلِكُ التفويضَ إلى غيرِه توكيلًا.

وأيضًا لِأَنَّا نَقُولُ: إنَّ أوَانَ ثبوتِ[2] الوصايةِ بعدَ الموتِ، فربَّما يَعْجِزُ الوصيُّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «إن أول ثبوت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

عنِ المباشرةِ بنفسِه، والمُوصِي قد مات، حينَئذٍ لا يُمْكِنُ الرُّجُوعُ إلىٰ رأيِهِ، فجاز الاستعانةُ بالغيرِ دلالةً».

وقال أبو حفْصٍ محمدُ بنُ محمودٍ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في كتابِ «الفصول»: «القاضي إذا لم يَكُنْ مأذونًا في الاستخلافِ، فاستخلَف غيرَه؛ لا يَنْفُذُ قضاءُ خليفتِه، سواءٌ كان الاستخلافُ في صحَّتِه، أوْ مرضِه، أوْ سفرِه، وإنِ استخلَف غيرَه بإذْنِ الإمامِ؛ يَكُونُ خليفتُه قاضيًا مِن جهةِ الإمامِ، حتَّىٰ لا يَمْلِكَ القاضي عزْلَه إلا إذا قال له الخليفةُ: وَلِّ مَن شِئْتَ، واستبْدِلْ مَن شِئْتَ، فحينَئذٍ يَمْلِكُ عزْلَه، بخلافِ المَأْمُورِ بإقامةِ الجُمُعَةِ؛ فإنَّ له أنْ يَسْتَخْلِفَ غيرَه وإنْ لَمْ يَأذَنْ له الإمامُ، وكذا الوَصِيُّ يَمْلِكُ التفويضَ إلىٰ غيرِه وإنْ لم يَأذَنْ له المُوصِي، وتمامُ هذا في «المحيط»[1].

وإذا لَمْ يَكُنْ مأذونًا بالاستخلافِ، فاستخلَف وحكَم خليفتُه في مجلسِ القاضي بينَ يديْه؛ جاز، كَالْوَكيلِ بالبَيْعِ إذا وَكَّلَ غيرَه، فباع الثاني بحَضْرةِ الأوَّلِ، ولو حكَمَ في غَيْبَتِه، ثم رُفِع قضاؤُه إلىٰ القاضي فأجاز؛ نَفَذَ قضاؤُه عندَنا استحسانًا، وكذلك القاضي إذا أجاز حُكْمَ الحَكَمِ في المُجْتَهَداتِ. كذا ذَكَر في «فتاوىٰ القاضي ظَهِير الدين».

وقال في «الفصول» أيضًا: «السلطانُ إذا قال لرجلٍ: جعلْتُكَ قاضيًا؛ ليس له أنْ يَسْتَخْلِفَ إلا إذا أُذِنَ له بذلك صريحًا أوْ دَلالةً، بأنْ يَقُولَ: جعلْتُكَ قاضيَ القضاةِ؛ لأن قاضي القضاةِ هو الذي يَتَصَرَّفُ في القضاءِ تقليدًا [٢/٢٣٣و] وعَزْلًا. كذا ذَكَره في «الذخيرة».

وأجاب نجْمُ الدينِ النَّسَفِيُّ عن مَحْضَرٍ: إنه غيرُ صحيحٍ؛ لأنه ذُكِر فيه أن هذا

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» [٨/٩١].

بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الْجُمُعَةِ؛ حَيْثُ يَسْتَخْلِفُ؛ لِأَنَّهُ عَلَىٰ شَرَفِ الْفَوَاتِ لِتَوَقُّتِهِ فَكَانَ الْأَمْرُ بِهِ إِذْنًا بِالِاسْتِخْلَافِ وَلَا كَذَلِكَ الْقَضَاءُ. وَلَوْ قَضَىٰ الثَّانِي بِمَحْضَرٍ مِنَ الْأَوَّلِ أَوْ قَضَىٰ الثَّانِي فَأَجَازَ الْأَوَّلُ جَازَ كَمَا فِي الْوَكَالَةِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُ الْأَوَّلِ وَهُوَ الشَّرْطُ، وَإِذَا فَوَّضَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ فَيَصِيرُ الثَّانِي نَائِبًا عَنْ الْأَصِيلِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ الْأَوَّلُ عَزْلَهُ(١).

وَإِذَا رُفِعَ إِلَىٰ الْقَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ، إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ،

غاية البيان

القاضي مُقَلَّدٌ مِن جهةِ قاضي القضاةِ فلانٍ، وليس فيه أن قاضيَ القضاةِ مَأْذُونٌ بالاستخلافِ مِن جهةِ السلطانِ».

قولُه: (بِخِلَافِ الْمَأْمُورِ بِإِقَامَةِ الْجُمُعَةِ؛ حَيْثُ يَسْتَخْلِفُ)، مُتَّصِلٌ بقولِه: (وَلَيْسَ لِلْقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَىٰ الْقَضَاءِ).

قالوا: إنما يَجُوزُ أنْ يَسْتَخْلِفَ المَأْمُورُ بالجمعةِ غيرَه وإنْ لم يَأْذَنْ له الإمامُ بالاستخلافِ؛ إذا كان ذلك الغيرُ سمعَ الخطبةَ، وإنْ [ه/٣٢٧و/م] لَمْ يَشْهَدِ الخُطبةَ لَمْ يَجُزِ الاستخلافُ؛ لأن الخطبةَ مِن شرائطِ افتتاحِ الجُمُعَةِ، فإذا لم يَستَجْمِعِ المُسْتَخْلَفُ شرائِطَها؛ لَمْ يَجُزْ له افتتاحُها كالأوَّلِ.

قولُه: (وَإِذَا فَوَّضَ إِلَيْهِ يَمْلِكُهُ)، أي: إذا فُوِّضَ الاستخلافُ إلى القاضي يَمْلِكُ القاضي الاستخلافَ، نحوُ ما إذا قال له الإمامُ: وَلِّ مَن شِئْتَ، ولكن لا يَمْلِكُ القاضي عَزْلَه؛ لأنه نائبٌ مِن جهةِ الإمامِ، إلا إذا قيل له: واستبْدِلْ مَن شِئْتَ، فحينَئذٍ يَمْلِكُ(٢) عزْلَه.

قولُه: (وَإِذَا رُفِعَ إِلَىٰ الْقَاضِي حُكْمُ حَاكِمٍ أَمْضَاهُ، إِلَّا أَنْ يُخَالِفَ الْكِتَابَ،

---

(١) زاد بعده في (ط): «إلا إذا فوض إليه العزل هو الصحيح».

(٢) وقع بالأصل: «يملكه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

أَوِ السُّنَّةَ، أَوِ الْإِجْمَاعَ، بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ.

غاية البيان

أَوِ السُّنَّةَ، أَوِ الْإِجْمَاعَ، بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ)، وهذه من مسائلِ القُدُورِيِّ[1].

وفي بعضِ نُسَخِ «المختصر»[2]: «أوْ يَكُونُ قولًا لا دليلَ عليه»[3].

والمرادُ بالحاكمِ: القاضي، وبالإمضاءِ: التنفيذُ.

والأصلُ هنا: ما قال الشيخُ أبو المُعِينِ في «**شرح الجامع الكبير**»: «إن قضاءَ القاضي في فصلٍ مُجْتَهَدٍ فيه يَنْفُذُ؛ لأن المسلمين معَ اختلافِهم اتَّفَقُوا أن قضاءَ القاضي يَنْفُذُ في المُجْتَهَداتِ على مَن خالَف رأيَه ـ حسبَ نُفوذِه ـ على مَن وافَق رأيَه»، فإذَنْ: هذا قضاءٌ انعقد الإجماعُ على نفوذِه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٦].

(٢) اللفظ الأول: «بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا». لَمْ نظفَر به في شيءٍ مِن نُسَخ «مختصر القُدُوري» المطبوعة والمخطوطة التي بأيدينا، ولا في شُرُوحه التي طالعناها، وإنما وقَع في جميعها بلَفْظ: «أوْ يكون قولًا». ثم ظفرنا بهذا اللفظ ـ «بِأَنْ يَكُونَ قَوْلًا» ـ في النسخة التي شرَحَ عليها العلَّامةُ بهاءُ الدِّين محمد بن أحمد الأَسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [ق٢٤٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. وكذا في النسخة التي شرَحَ عليها العلَّامةُ أبو الرجاء الزَّاهِدِيُّ في: «المُجْتَبىٰ شرْح مختصر القُدورِيِّ» [ق ٣٤٧/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)].

(٣) هذا هو لفْظ المطبوع مِن «مختصر القُدُوري»، وهو الثابتُ في عدة نُسَخ خطِّية مِن «المختصر»، منها: [ق١٩٠/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي محمد عاصم بك ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٠)]، ونسخة ثانية: [ق١٣٥/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٥)]، ونسخة ثالثة: [ق١٠٦/ب/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٧٧٦)]، ونسخة رابعة: [ق٨٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩٥٢)].

وعلى هذا اللفظ: شَرَحَ خُوَاهَرْ زَادَه في «شرْح القُدورِيِّ» [ق ٢٠٣/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٩)]، وأبو نصر الأقْطع في «شرْح القُدورِيِّ» [٢/ق٣١٥/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ رقم الحفظ: (٨٠٠)]. وصاحبُ «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيِّ» [٢/٢٤٥]، وصاحبُ: «اللباب في شرْح الكتاب» [٨٨/٤]، وصاحبُ «خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُورِيِّ» لحسام الدين الرازي [٣٢٣/٢].

وفي: «الجامع الصغير»: وَمَا اخْتَلَفَ فِيهِ الْفُقَهَاءُ فَقَضَىٰ بِهِ الْقَاضِي ثُمَّ جَاءَ قَاضٍ آخَرُ يَرَىٰ غَيْرَ ذَلِكَ أَمْضَاهُ).

غاية البيان

وقد رُوِيَ عن عمرَ ﷺ: أنه كان يَقْضِي بقضايا، ثم يَقْضِي في العام القابلِ بخلافِ ذلك، فقيل له في ذلك، فقال: «تِلْكَ عَلَىٰ مَا قَضَيْنَا، وَهَذِهِ عَلَىٰ مَا نَقْضِي»[1].

ورُوِيَ عَنْ عَلِيٍّ ﷺ أنه قال لَمَّا قَدِمِ الكوفةَ بعْدَما انتهَتِ الخلافةُ إليه قال: «إِنِّي لم أَقْدَمْ لِأَحُلَّ عُقْدَةً عَقَدَهَا عمرُ، وَلَا لِأَعْقِدَ عُقْدَةً حَلَّهَا عمرُ ﷺ»[2]، أراد به ـ والله أعلمُ ـ: أن ما أمضَاه عمرُ ﷺ بالاجتهادِ لا ينْقُضُها هو، ولأنَّ الاجتهادَ الأوَّلَ تأيَّدَ بالقضاءِ، والاجتهادُ الثاني عَرِيَ عما يُؤيِّدُه، ونَقْضُ[3] المتأيِّدِ المتأكِّدِ بالعَارِي عن ذلك ممْتَنِعٌ في العقولِ، حتَّىٰ إن القضاءَ بخلافِ النصِّ لا يَنْفُذُ؛ لكونِ النصِّ أقوَىٰ، ولأنَّ القولَ بذلك يُؤدِّي إلىٰ ما لا نهايةَ له، وهو فَاسدٌ، هذا كلُّه فيما إذا كان قضاءُ القاضي الأوَّلِ مما يَسُوغُ فيه الاجتهادُ.

أمَّا إذا كان لا يَسُوغُ فيه الاجتهادُ؛ بأنْ كان جَوْرًا، أوْ مخالفًا للكتابِ أوِ السُّنَّةِ المشهورةِ، أو الإجماعِ؛ فإنه لا يُنَفِّذُه القاضي الثاني؛ لأنَّ الأوَّلَ قضاءٌ بما لا يَسُوغُ فيه الاجتهادُ، فلَمْ يَنْفُذْ قضاؤُه، كما لو حكَمَ بخلافِ النصِّ بخلافِ[4] اجتهادٍ.

---

(١) أخرجه: الدارمي في «سننه» [رقم/ ٦٤٥]، وابن أبي شيبة [رقم/ ٣١٠٩٧]، من طريق: عن عُمر ﷺ به.

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٣٢٠٠٥]، والآجُرِّيُّ في «الشريعة» [٤/ ١٧٧٨]، وابن المنذر في «الأوسط» [٦/ ٢٦]، عن عَلِيِّ بْن أبي طَالِب ﷺ به دون الفقرة الأخيرة منه.

(٣) أشار في حاشية: «ن» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «ولأن نقض».

(٤) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «بغير». بدل: «بخلاف». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«تبح».

وَالْأَصْلُ أَنَّ الْقَضَاءَ مَتَىٰ لَاقَىٰ فَصْلًا مُجْتَهَدًا فِيهِ يُنَفِّذُهُ وَلَا يَرُدُّهُ غَيْرُهُ، لِأَنَّ اجْتِهَادَ الثَّانِي [٤٤/و] كَاجْتِهَادِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ يُرَجَّحُ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ فَلَا يُنْقَضُ بِمَا هُوَ دُونَهُ.

غاية البيان

والمرادُ من خلافِ الكتابِ: خلافُ نصِّ الكتابِ الذي لم يَخْتَلِفْ في تأويلِه السلفُ، مِثْلُ قولِه تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]. وقد اتَّفَقَ الناسُ أنه لا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ امرأةَ الأبِ، ولا [٣٢٧/٥ط/م] جاريتَه، ولا يطأ واحدةً منهما، فلو حكَم القاضي بجوازِ نكاحِ امرأةِ الأبِ؛ كان للقاضي الثاني فسْخُه.

وكذا إذا قضَىٰ بحِلِّ متروكِ التَّسْمِيةِ عامدًا؛ لا يَصِحُّ، ويُبْطِلُه القاضي الثاني؛ لأنه مخالِفٌ لنصِّ الكتابِ، قال اللهُ تعالىٰ: ﴿وَلَا تَأْكُلُواْ مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١].

ونظيرُ خلافِ السُّنَّةِ المشهورةِ: ما إذا قضَىٰ القاضي بالقِصَاصِ بالقَسَامةِ، أعني: يحْلِفُ المُدَّعِي خمسين يَمينًا إذا وُجِدَ قتيلٌ في محلَّةٍ، وكان ثَمَّةَ عداوةٌ ظاهرةٌ، فحلَفَ المُدَّعِي علىٰ أن فلانًا قتَلَه؛ كان له أنْ يَقْتَصَّ منه في قولِ مالكٍ رحمه الله(١)، وهو قولُ الشَّافعيِّ رحمه الله في القديمِ(٢). كذا ذكَر شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي».

وهذا الحُكْمُ ليس بصحيحٍ؛ لمخالفةِ السُّنَّةِ [٢٣٣/٢ط] المشهورةِ، وهو قوله ﷺ:

(١) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [١١٢٢/٢]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٣٥٥/٨]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٥٤/٨].

(٢) وقال في الجديد: لا يثبت القصاص. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٤/١٣]. و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٤٠٣/٦]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٢٢٥/٧].

....

«الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»(١).

وكذا إذا قضَى بحِلِّ المطلقةِ ثلاثًا للزوجِ الأوَّلِ قبلَ دخولِ الزوجِ الثاني، فالقاضي الثاني يُبْطِلُه؛ لأنه مخالِفٌ للسُّنَّةِ المشهورةِ، وهي حديثُ الْعُسَيْلَةُ(٢)، وقد مَرَّ بيانُ الحديثِ في كتابِ الطلاقِ في (فَصْلٌ: فِيمَا تَحِلُّ بِهِ الْمُطَلَّقَةُ).

ونظيرُ خلافِ الإجماعِ: ما إذا قضَى بجوازِ بَيْعِ أُمِّ الولدِ؛ كان للقاضي الثاني أنْ يَنْقُضَه. كذا ذكَر الخَصَّافُ في «أدب القاضي»(٣)، وذلك لأنه مخالِفٌ لإجماعِ التابعين.

وذكرَ الشيخُ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: «أن هذا مذهبُ محمَّدٍ، فأمَّا مذهبُ أبي حنيفةَ وأبي يوسف ﷺ: فيجوز قضاؤُه، ولا يُفْسَخ». كذا ذكَر الإمامُ النَّاصِحِيُّ.

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: «وهذه المسألةُ تَنْبَنِي على أن الإجماعَ المتأخِّرَ هل يَرْفَعُ الخلافَ المتقدِّمَ أمْ لا؟ فعندَ محمَّدٍ ﷺ: يُرْفَعُ، وعندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسفَ: لا يُرْفَعُ». هكذا ذكَر في «شرح أدب القاضي».

يعني: أن الصحابةَ اختلفُوا في جوازِ بَيْعِ أمَّهاتِ الأولادِ، ورُوِيَ عن عليٍّ ﷺ أنه قال: «اجْتَمَعَ رَأْيِي وَرَأْيُ عُمَرَ في أُمَّهَاتِ الْأَوْلَادِ: أَنَّهُنَّ لَا يُبَعْنَ، ثُمَّ رَأَيْتُ بَعْدَ ذَلِكَ أَنْ أُرِقَّهُنَّ. فَقَالَ عَبِيدَةُ السَّلْمَانِيُّ [بسكونِ اللامِ ـ](٤): رَأْيُك فِي رَأْيِ عُمَرَ أَحَبُّ إِلَيَّ مِنْ رَأْيِك وَحْدَك»(٥).

---

(١) مضَى تخريجه.

(٢) مضَى تخريجه.

(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [١٢٣/٣].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٥) أخرجه: عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/ ١٣٢٢٤]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [٣٤٨/١٠]،=

فَلَوْ قَضَىٰ فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالِفًا لِرَأْيِهِ، نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ؛ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ وَوَجْهُ النَّفَاذِ أَنَّهُ لَيْسَ بِخَطَإٍ بِيَقِينٍ،

ثم أجمع التابعون على عدم جوازِ بَيْعِهِنَّ، فكان قضاءُ القاضي بجوازِ البَيْعِ بخلافِ الإجماعِ، فيُبْطِلُه الثاني عندَ محمَّدٍ ﵀، وعندَهما: لَمَّا لم يَرْتَفِعِ الخلافُ المتقدِّمُ بَيْنَ الصحابةِ بإجماعِ التابعين؛ كان قضاءُ القاضي في فَصلٍ مخْتَلَفٍ فيه، فلا يَفْسُخُه الثاني.

وقال القاضي أبو زيدٍ في آخرِ «**فصول الإجماع**» مِن كتابِ «**التقويم**»: «إن محمدَ بنَ الحسنِ ﵀ رَوَىٰ عنهم جميعًا: أن القاضيَ إذا قضَىٰ بِبَيْعِ أُمِّ الولدِ [٥/٣٢٨و/م] لَمْ يَجُزْ»[(١)].

وذكرَ عن أبي يوسفَ في «النوازل»: «أنه لا يَنْفُذُ القضاءُ».

وكذا لو قضَىٰ قاضٍ بمالٍ بقَسامةٍ؛ لأنه لو ادَّعَىٰ مالًا، وحلَفَ خمسين يمينًا؛ لَمْ يَجُزْ له أخْذُ المالِ، فإنَّ اسْتِحْقَاقَ المالِ باليمينِ لا يَجُوزُ إجماعًا، فيُنْقَضُ قضاؤُه.

ثم يَنْبَغِي لك أنْ تَعْرِفَ: أن المُعْتَبَرَ مِن الاختلافِ هو اختلافُ المتقدِّمين مِن الصحابةِ ومَنْ كان بينَهم، لا اختلافَ الشَّافعيِّ، ولا اختلاف مالك ﵀؛ لأن مالكًا والشَّافعيَّ لَمْ يكونا موجودَيْنِ في زمنِ الصحابةِ، فلَمْ يَكُنْ خلافُهما مُعْتبرًا، فلهذا كان للقاضي الآخرِ أنْ يُبْطِلَ ما قضَىٰ به القاضي المالكيُّ والشَّافعيُّ برأيه، وهذا هو المرادُ بقولِه: (**وَالْمُعْتَبَرُ: الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ**).

قولُه: (**فَلَوْ قَضَىٰ فِي الْمُجْتَهَدِ فِيهِ مُخَالِفًا لِرَأْيِهِ، نَاسِيًا لِمَذْهَبِهِ؛ نَفَذَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَإِنْ كَانَ عَامِدًا فَفِيهِ رِوَايَتَانِ**)، ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا على ما تقدَّم.

= من طريق: ابنِ سِيرِينَ، عن عَبِيدَةَ السَّلْمَانِيِّ عن عليٍّ ﵁ به نحوه.

(١) ينظر: «تقويم الأدلة» لأبي زيد الدبوسيِّ [ص/ ٣٢].

وَعِنْدَهُمَا لَا يَنْفُذُ فِي الْوَجْهَيْنِ لِأَنَّهُ قَضَى بِمَا هُوَ خَطَأٌ عِنْدَهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى،

غاية البيان

اعلم: أن القاضيَ إذا نَسِيَ مذهبه، فقضى بمذهب غيره، قال أبو حنيفة: يَنْفُذُ القضاءُ. **وقال أبو يوسف**: لا يَنْفُذُ. هكذا ذكر الخَصَّافُ في «**أدب القاضي**» الخلافَ بينهما، ولم يَذْكُرْ قولَ محمدٍ[1].

وكذلك ذكر النَّاصِحِيُّ في «**تهذيب أدب القاضي**»، وكذلك ذكرَ الفقيهُ أبو الليثِ في آخرِ «**أدب القاضي**» مِن «**العيون**»، حيثُ قال: «ولو أن قاضيًا خُوصِمَ إليه في أمرٍ مِن الأمورِ، مما فيه اختلافٌ، وهو يَذْهَبُ في ذلك إلى مذهبٍ، ونَسِيَ مذهبه وقضى بخلافِه؛ فإن أبا حنيفةَ قال: يُمْضِي هذا الحُكْمَ، ولا يَرْجِعُ عنه.

وقال أبو يوسف: يَرُدُّ[2] ذلك ويَقْضِي بما كان رأيُه في ذلك، فلو أن رجلًا قال لامرأتِه: أنتِ خَلِيَّةٌ، أوْ بَرِيَّةٌ، فجعَلَها ثلاثًا؛ فإن أبا حنيفةَ قال: يُمْضِي هذا القضاءَ، ولا يَرْجِعُ عنه.

وقال أبو يوسف: يَجْعَلُها واحدةً إنْ لَمْ يَكُنْ [٢/٢٣٤و] يرَى ثلاثًا»[3]. إلى هنا لَفْظُ «**العيون**».

وذكرَ القاضي الإمامُ عَلِيٌّ السُّغْدِيُّ، وشمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ في «**أدب القاضي**»: قولَ محمدٍ معَ أبي يوسفَ رحمهما الله.

وقالوا في «**شروح الجامع الكبير**»: لو قضَى القاضي بشهادةِ الأَعْمَى والمحدودِ في القذفِ بعدَما تاب، أوْ قضَى بشهادةِ أحدِ الزوجيْنِ معَ رَجُلٍ لصاحبِه، ورآه جائزًا؛ نَفَذَ قضاؤُه، ولأن الخلافَ في جوازِ القضاءِ بهذه الحُجَّةِ،

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصَّاف [١/١٩٦، ١٩٧].

(٢) وقع بالأصل: «يردده». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لما وقع في: «عُيُون المسائل».

(٣) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديّ [ص/ ٢٢٤ - ٢٢٥].

لا في نفاذِ القضاءِ، فيَكُونُ قضاءً في محلٍّ مُجْتَهَدٍ فيه، فإن [٥/٣٢٨هـ/م] مِنَ العلماءِ مَن يَقُولُ بقَبُولِ شهادةِ هؤلاء، فنَفَذ بالإجماعِ، فلا يَكُونُ لقاضٍ آخرَ إبطالُه.

وقال الشيخُ أبو المُعِينِ في «شرح الجامع الكبير»: «ثم إنما لم يَكُنْ للثاني ولايةُ الإبطالِ، إذا كان الأوَّلُ يَرَىٰ ذلك حقًّا، وعَلِم الثاني أنه كان يَرَىٰ حقًّا، فأمَّا إذا عَلِم أن الأوَّلَ لم يرَ ذلك حقًّا، وقضَىٰ بخلافِ رأيِه؛ كان للثاني إبطالُ قضائِه؛ لأن قضاءه معَ اعتقادِ خلافَ ذلك وقَع عبثًا، كمَنْ وقَع تحرِّيه إلىٰ جهةٍ، وصلَّىٰ[1] إلىٰ غيرِها معتقدًا أن القبلةَ هي الأولَىٰ».

قال: «هكذا ذكَرَ الشيخُ الإمامُ عبدُ اللهِ الخَيْزَاخُزِيُّ[2] ﵀، وإليه أشار محمدٌ ﵀». يَعْنِي في قوله: «ورآه جائزًا».

ثم قال: «ورُوِيَ عن الشيخِ الإمامِ عبدِ الواحدِ الشَّيْبَانِيِّ[3] ﵀ قال: في هذا دليلٌ علىٰ أن ما يَفْعَلَه القضاةُ مِن تقليدِ شَفْعَوِيِّ[4] المذهبِ ـ ليَحْكُمَ في الطلاقِ المضافِ بالبُطلانِ ـ إنما يَجُوزُ أنْ لو كان القاضي يرَىٰ بطلانَ الطلاقِ المضافِ،

---

(١) وقع بالأصل: «وصل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع في النُّسَخ: «الخيراخزيُّ»! وهو موافق لِمَا رسَمه المُطَرِّزِيُّ في: «المغرب» [١/٢٥٠]، لكن مضىٰ أن ذلك خلاف المشهور، والأصح ما أثبتناه.
والخَيْزَاخُزِيُّ: هو عبد الله بن الفضل الفقيه الحنفي الكبير. وقد مضتْ ترجمتُه.

(٣) عبد الواحد الشَّيْبَانِيُّ: هو الإمام، المُلقَّب بالشَّهيد، كان مِن كبار فقهاء ما وراء النهر، وكان يُرْجَع إليه في أكثر الوقائع والنوازل. ولَمْ نظفر بتاريخ وفاته. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٣٣٤]، و«المِرْقَاة الوفيَّة في طبقات الحنفية» للفَيْرُوزآبادِيِّ [ق/ ٤١/أ/ مخطوط مكتبة رئيس الكُتَّاب ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٧١)]، و«الفوائد البهية» للكنوي [ص/ ١١٣].

(٤) هذه النسبة: «الشفْعَوِيُّ» اعترض عليها المؤلِّف فيما مضىٰ مِن «كتاب القنوت في الصلاة»، وأنكر علىٰ المرغينانيِّ استعمالَها، وعبارتُه هناك: «قوله: (بالشَّفْعَوِيَّةِ)، ليس بشيء؛ لأن القياس في النسبة إلى الشَّافِعِيِّ أنْ يُقَال: شافعِيٌّ أيضًا؛ كما عُلِمَ في عِلْم التصريف».

ثُمَّ الْمُجْتَهَدُ فِيهِ: أَلَّا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْ.

غاية البيان

كما هو مذهبُ الشَّافعيِّ ﵀، فأمَّا لو كان لا يَرىٰ بطلانَ ذلك؛ لا يَجُوزُ تقليدُ الشَّفْعَوِيِّ المذهبِ؛ لأنه يَكُونُ تقليدًا لغيرِه؛ ليَفْعَلَ ما هو البَاطِلُ عندَه، وتفويضُ ما هو الباطِلُ غيرُ صحيحٍ، فلَمْ يَصِحَّ التقليدُ».

ثم قال الشيخُ أبو الْمُعِينِ: «ولكنَّ هذا خلافُ ما عليه السلفُ، فإنهم كانوا يَتَقَلَّدُون القضاءَ مِن الخلفاءِ، ويَرَوْن ما يحْكُمون علىٰ رأيِهم نافذًا، وإنْ كان ذلك مخالفًا لرأيِ الخلفاءِ؛ لاتِّباعِهم في المسائلِ جَدَّهم عبدَ اللهِ بنَ عبَّاسٍ ﵄.

ولو أن القاضيَ كان محدودًا في قذفٍ وتاب، أوْ كان أعمىٰ، أوْ قضىٰ لامرأتِه، فأبطلَ قاضٍ آخرُ لا يَرىٰ شهادةَ هؤلاءِ؛ كان له ذلك؛ لأن هذا ليس بقضاءٍ في الْمُجْتَهَدِ فيه، بل نفْسُ القضاءِ مُجْتَهَدٌ فيه، هل هو نافذٌ؟ وهل للقاضي أهليَّةُ القضاءِ أمْ لا؟ فيتوقَّفُ علىٰ رأيِ غيرِه، فيَنْفُذُ بتنفيذِه، ويَبْطُلُ بردِّه وإبطالِه».

ونقَلَ **الأُسْتَرُوشَنِيُّ** في «**فصوله**» عن صاحبِ «**الذخيرة**» أنه قال: «ورأيتُ في بعضِ الكتبِ عن أصحابِنا في نفاذِ قضاءِ القاضي بخلافِ رأيِه: روايتان، فكان شمسُ الإسلامِ الأُوزْجَنْدِيُّ[1]: يُفْتِي بعدمِ النفاذِ في هذه الصورةِ، والصدرُ الشهيدُ وظهيرُ الدينِ الْمَرْغِينَانِيُّ: يُفْتِيان بالنفاذِ». إلىٰ هنا لفْظُ «**الفصول**».

قولُه: (**ثُمَّ الْمُجْتَهَدُ** [٥/٣٢٩و/م] **فِيهِ: أَلَّا يَكُونَ مُخَالِفًا لِمَا ذَكَرْنَا**)، يعني: أن القاضيَ إذا نَسِيَ مذهبَه، فقضىٰ بخلافِه في الْمُجْتَهَدِ فيه؛ نَفَذَ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵁،

(١) **شمسُ الإسلام الأُوزْجَنْدِيُّ**: هو مَحْمُود بن عبد الْعَزِيز الأُوزْجَنْدِيُّ القاضي الفقيه الحنفي. تفقَّه علىٰ السرخسيِّ، وهو جَدُّ الإمام فخر الدين قاضي خان. ولم نظفر له بتاريخ وفاة. ينظر: «الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [٢/١٦٠]، و«المِرْقَاة الوفيَّة في طبقات الحنفية» للفَيْرُوزآبادِيّ [ق/٦٨/أ/ مخطوط مكتبة رئيس الكُتَّاب ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٧١)]، و«الفوائد البهية» للكنوي [ص/٢٠٩].

وَالْمُرَادُ بِالسُّنَّةِ الْمَشْهُورَةِ مِنْهَا وَفِيما اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ: لَا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ الْبَعْضِ، وَذَلِكَ خِلَافٌ، وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ وَالْمُعْتَبَرُ: الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ.

غاية البيان

ولكن بشَرْطِ ألَّا يَكُونَ المُجْتَهَدُ فيه مخالِفًا للكتابِ، أو السُّنَّةِ، المشهورةِ، أو الإجماعِ، فإذا كان مخالفًا لأحَدِها؛ يُبْطِلُه القاضي الثاني؛ لأنه وقَع باطلًا.

قولُه: (وَفِيما اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ: لَا يُعْتَبَرُ مُخَالَفَةُ الْبَعْضِ، وَذَلِكَ خِلَافٌ، وَلَيْسَ بِاخْتِلَافٍ).

بيان ذلك: ما قال في «خلاصة الفتاوى»: «لو قضَى بجوازِ بَيْعِ الدرهمِ بالدرهمَيْنِ يدًا بيدٍ بأعيانِهما أخذًا بقولِ ابنِ عبَّاس ﷺ؛ لا يَنْفُذ، وإنْ كان مختلفًا بينَ الصحابةِ؛ لأنه لَمْ يُوافِقْه أحدٌ مِن الصحابةِ، فكان مهجورًا»[1].

قال في «عمدة الفتاوى»[2]: «رجلٌ زنَى بأمِّ امرأتِه، فرُفِعَ إلى [٢/٢٣٤ط] القاضي، ولَمْ يُفَرِّقِ القاضي بينَهما، ثم رُفِعَ إلى قاضٍ آخرَ يَرَى التفريقَ؛ لا يُفَرِّقُ؛ لأنَّ الأوَّلَ في فصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه اختلَف فيه الصحابةُ».

قولُه: (وَالْمُعْتَبَرُ: الِاخْتِلَافُ فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ).

يُرِيدُ به: الاختلافَ الواقعَ في قَرْنِ الصحابةِ، وينْفِي به اختلافَ مالكٍ والشَّافعيِّ ﷺ؛ لأنه ليس بمُعْتَبرٍ؛ لأنهما لم يكُونا في زمنِ الصحابةِ، وقد مَرَّ بيانُه قبلَ هذا.

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ٢٥٠].

(٢) ويُسَمَّى أيضًا: «عُمْدَة المفتي والمستفتي». وهو لعُمَر بن عبد العَزِيز بن عُمَر بن مازة برهَان الأئمَّة أبي مُحمَّد المَعْرُوف بـ: الحُسام الشَّهِيد. ذكَر أنه: قسَمَ الكتابَ على قسْمَيْنِ، ووَزَّعه على الثلاثة والثلاثين، وأدْرَج فيه: ما يَعُمّ وقوعُه. وهو: مختصر في مجلد صغير. ينظر: «كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١١٦٩].

قَالَ: وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ؛ فَهُوَ فِي البَاطِنِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَكَذَا إِذَا قَضَىٰ بِإِحْلَالٍ، إِذَا كَانَتِ الدَّعْوَىٰ بِسَبَبٍ مُعَيَّنٍ وَهِيَ مَسْأَلَةُ قَضَاءِ القَاضِي فِي العُقُودِ وَالفُسُوخِ بِشَهَادَةِ الزُّورِ وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَكُلُّ شَيْءٍ قَضَىٰ بِهِ القَاضِي فِي الظَّاهِرِ بِتَحْرِيمٍ؛ فَهُوَ فِي البَاطِنِ كَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀، فَكَذَا إِذَا قَضَىٰ بِإِحْلَالٍ)، وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير»[1].

وأصلُ المسألةِ: أن القضاءَ ـ في العُقُودِ والفسوخِ بشهادةِ الزُّورِ ـ يَنْفُذُ ظاهرًا وباطنًا عندَ أبي حنيفةَ، وهو قولُ أبي يوسفَ أوَّلًا، وعلىٰ قولِ محمَّدٍ وزُفَرَ والشَّافعيِّ[2] ﵏: يَنْفُذُ ظاهرًا، لا باطنًا، وهو قولُ[3] أبي يوسفَ آخِرًا[4].

والمرادُ بنفاذِ الحُكْمِ ظاهرًا: أنْ يَثْبُتَ فيما بينَنا، مِثْلَ ثبوتِ التمكينِ، والنفقةِ، والقَسْمِ، وغيرِ ذلك.

والمرادُ مِن نفاذِه باطنًا: ثبوتُ المِلْكِ، والحِلُّ فيما بينَه وبينَ اللهِ تعالىٰ.

ثم يَنْبَغِي لكَ أنْ تَعْرِفَ: أن النفاذَ ظاهرًا وباطنًا فيما إذا كان الدَّعْوَىٰ بسببٍ مُعَيَّنٍ، كالبَيْعِ والنِّكاحِ؛ لأن في الأملاكِ المرسَلةِ ـ أي: المُطْلَقةِ ـ لا يَنْفُذُ باطنًا بالاتِّفاقِ؛ لأنه لا يُمْكِنُ إثباتُ المِلْكِ بدونِ سببٍ، وفي الأسبابِ كثرةٌ، فتعذَّر

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٩].

(٢) ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [١١/١٥٢ ـ ١٥٣]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٧/٣٠٧]. و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [١٠/٢٠٨].

(٣) وقع بالأصل: «وعلىٰ قول». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) ينظر: «المحيط البرهاني» [٨/٥٣]، «الفتاوىٰ التاتارخانية» [٣/٤٤]، «فتح القدير» [٣/٣١٥، ٣١٦]، «حاشية ابن عابدين» [٣/١٠٧].

تعيينُ سببٍ.

ألا ترى إلى ما ذكر في «خلاصة الفتاوى»: «وأجمَعُوا أن في [٥/٢٢٩و] الأملاكِ المرسلةِ يَنْفُذُ ظاهرًا لا باطنًا، وأجمَعُوا أن الشهودَ لو ظهرُوا عبيدًا، أوْ محْدُودِين في قذْفٍ، أوْ كُفَّارًا؛ يَنْفُذُ ظاهرًا لا باطنًا، وأجمَعُوا أنه لو أقرَّ بالطلقاتِ الثلاثِ، ثم أنكر وحلفَ وقُضِيَ له بها؛ لا يَحِلُّ له وطْؤُها»[١]. إلى هنا لفْظُ «الخلاصة».

وجهُ قولِهم: أن تصحيحَ القضاءِ على وفَاقِ الحُجَّةِ، وهذه الحُجَّةُ باطلةٌ؛ لأن الشهودَ كَذَبةٌ، والكذبُ باطِلٌ، فلا يَنْفُذُ القضاءُ باطنًا، ولكن العدالةَ الظاهرةَ دليلُ الصدقِ ظاهرًا، فاعتُبِرَتْ حُجَّةً مِن حيثُ وجوبُ العملِ ظاهرًا، فأمَّا ثبوتُ حقيقةِ التنفيذِ: فمُمْتَنِعٌ؛ لانعدامِ دليلِه، وهي الحُجَّةُ الصحيحةُ.

ووجهُ قولِ أبي حنيفةَ ﵀: أن حُجَّةَ القضاءِ قامت، وافتُرِضَ على القاضي العملُ بها، بحيثُ لو امتنَع عن ذلك يَأْثَمُ؛ وذلك لأن حقيقةَ الصدقِ ساقطةُ العبرةِ في حقِّ القاضي، ووجوبُ العملِ به؛ لأنه لا طريقَ إلى ذلك، فصارَتْ ساقطةَ العبرةِ، وبَقِيَتِ العبرةُ؛ لدليلِ الصدقِ مِن حيثُ الظاهرُ، وهو العدالةُ، فإذا وُجِدَ فقد قام دليلٌ أوجبَ الشَّرْعُ العملَ به، بمنزلةِ الاجتهادِ مِن المجتهدِ، يَكُونُ حُجَّةً في حقِّ وجوبِ العملِ به.

فإذا بنَى القاضي القضاءَ على ما جُعِلَ في الشَّرْعِ دليلًا؛ يَجِبُ[٢] صَوْنُ قضائِه عن البُطلانِ ما أمْكَنَ؛ لأنه فِعْلٌ صَدَرَ منه بأمْرِ الشَّرْعِ مضافًا إليه، قال تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]. وقال تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/ ٢٥٠].

(٢) وقع بالأصل: «يوجب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

. . . .

غاية البيان

ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فإذا قضَىٰ بما رَضِيَ مِن الشهداءِ؛ فقد قضَىٰ بأمْرِ الله تعالىٰ، فوجَب أنْ يَنْفُذَ قضاؤه في الظاهرِ والباطنِ جميعًا.

ألا تَرَىٰ أنه لو فرَّق بينَ الزوجيْنِ بأمْرِ الزوجِ؛ وقعَتِ الفرقةُ في الظاهرِ والباطنِ جميعًا، فبأمْرِ الله تَعالىٰ أَوْلَىٰ.

وكذلك لوْ لاعَنَ بينَ الزوجيْنِ، وفرَّق بينَهما؛ وقعَتِ الفرقةُ في الظاهرِ والباطنِ جميعًا، معَ أن أحدَهما كاذبٌ. كذا في «إشارات الأسرار» وغيرِها، وباقي البيانِ مَرَّ في كتابِ النِّكاحِ قبلَ بابِ الأولياءِ والأكْفاءِ، فيُنْظَرُ ثَمَّةَ.

وصورةُ القضاءِ في العُقُودِ كثيرةٌ:

منها: إذا ادَّعَىٰ علىٰ امرأةٍ نكاحًا ـ وهي تَجْحَدُ ـ وأقام عليها شاهدَيْ زُورٍ، وقضَىٰ القاضي بِالنِّكاحِ بينَهما [٢/٢٣٥ر]؛ حَلَّ للرَّجُلِ وطْؤُها، وحَلَّ للمرأةِ التمكينُ منه عندَه.

وعندَهما: لا يَحِلُّ لهما ذلك، وكذا إذا ادَّعَتْ نكاحًا على رَجُلٍ وهو يَجْحَدُ[1].

ومنها: إذا قضَىٰ بالبَيْعِ بشهادةِ الزُّورِ، وهو [٤/٣٣٠ر/م] علىٰ وجهيْنِ: إمَّا أنْ تكُونَ الدَّعْوَىٰ مِن جانبِ المُشْتَرِي، بأنْ يدَّعِيَ علىٰ غيرِه أنك بعْتَ مِنِّي هذه الجاريةَ. والآخر: أنْ يكون مِن جانب البائع، بأنْ قال: إنك اشْتَرَيْتَ [مني][2] هذه الجاريَةَ؛ يَحِلّ للمُشْتَرِي وطْؤُها في الوجهيْنِ[3].

وصورةُ القضاءِ في الفسُوخ كثيرةٌ أيضًا:

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» [٨/٥٣].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٣) ينظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» [٨/٥٤].

قال: وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي عَلَىٰ غَائِبٍ، إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ.

منها: إذا ادَّعَىٰ أحدُ المُتَبايِعيْنِ فَسْخَ العَقْدِ، وأقام بيِّنَةَ زُورٍ، ففَسَخ القاضي؛ يَحِلُّ للبائعِ وطْءُ الجاريةِ.

ومنها: إذا ادَّعَتْ علىٰ زوْجِها أنه طلَّقها ثلاثًا، وأقامتْ بيِّنَةَ زُورٍ، وقضى القاضي بالفرقةِ، وتزوَّجتْ بزوْجٍ آخرَ بعدَ انقضاءِ العدَّةِ؛ يَحِلُّ للزوجِ الثاني الوطءُ ظاهرًا وباطنًا عندَه[1]. كذا في «الذخيرة البرهانية».

قولُه: (وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي عَلَىٰ غَائِبٍ، إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

وقال في «مختصر الأسرار»: «لا يَجُوزُ للقاضي أنْ يَقْضِيَ علىٰ غائبٍ حتَّىٰ يحْضُرَ هو أوْ مَن يَقُومُ مقامَه، إمَّا بأمْرِه، وإمَّا حُكْمًا.

وقال أبو يوسفَ: يَنْصِبُ القاضي عنه خَصْمًا وقضَىٰ عليه».

وقال في «شرح الأقطع»[3]: «وقال الشَّافعيُّ ﷺ: يَجُوزُ القضاءُ علىٰ الغائبِ عن المِصْرِ بِالبيِّنَةِ[4]، وإنْ كان حاضرًا فيه: ففيه وجهان[5]».

له: أن البيِّنَةَ للبيانِ والإظهارِ عندَ خفاءِ الحالِ علىٰ القاضي، لا لإثباتِ ما لَمْ يَكُنْ ثابتًا، وظهَرَتِ الحالُ بِالبيِّنَةِ، فيَحْكُمُ بها علىٰ الغائبِ، كما لو كان حاضرًا فسَكَتَ.

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني في الفقه النعماني» [٥٤/٨].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٢٦].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٥ - ٣١٦].

(٤) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٢٩٦/١٦ - ٢٩٧]، و«الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٣٢٢/٧]، و«روضة الطالبين» للنووي [١٧٥/١١].

(٥) والظاهرُ مِن مذهب الشافعي: أنه لا يجوز القضاء عليه إلا بعد حضوره؛ للقدرة عليه في الحال، كالحاضر في المجلس. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٢٩٧/١٦].

. . . .

﴿ غاية البيان ﴾

ولنا: ما روىٰ أصحابُنا في كُتُبِهم: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لعَلِيٍّ حينَ بعَثَه إلىٰ اليمنِ: «**لَا تَقْضِ لِأَحَدِ الْخَصْمَيْنِ حَتَّىٰ تَسْمَعَ مِنَ الْآخَرِ**»(١)، ولأنه لو حضَر يَجُوزُ أنْ يُقِيمَ حُجَّةً يَنْفِي بها حُجَّةَ المُدَّعِي، فلا يَجُوزُ القضاءُ معَ غَيْبَتِه، ولأنَّ البَيِّنَةَ حُجَّةٌ لأحدِ الخَصمَيْنِ، فلا يُلْتَفَتُ إليها معَ غَيْبَةِ الآخَرِ كاليَمينِ، ولأنَّ شرْطَ القضاءِ لم يُوجَدْ، فلا يَصِحُّ القضاءُ إلا بِالبَيِّنَةِ؛ لأن شرْطَ إقامةِ البَيِّنَةِ: الإنكارُ.

ولهذا إذا كان الخَصْمُ حاضرًا، فأقرَّ بالحقِّ؛ لا حاجةَ إلىٰ البَيِّنَةِ، وهذا لأن البَيِّنَةَ في نفْسِ الأمرِ محتملةٌ للصدقِ والكذبِ، ولا يَجُوزُ بناءُ الحُكْمِ علىٰ الدليلِ المحْتَملِ، إلا أن الشَّرْعَ جعَلها حُجَّةً ضَرُورَةَ قَطْعِ المُنَازَعَةِ، وإيفاءِ الحقِّ إلىٰ مُسْتَحِقِّه، ولا مُنَازَعةَ عندَ عدمِ الإنكارِ، فإذا انعدَم الإنكارُ؛ انعدمَتِ الضَّرُورَةُ الموجبةُ لكونِ البَيِّنَةِ حُجَّةً، فلا [٥/٣٣٠ظ/م] يَصِحُّ قضاءُ القاضي بدونِ البَيِّنَةِ(٢).

وإنما قُلنا بأن الإنكارَ لَمْ يُوجَدْ مِن الغائبِ؛ لأنه يَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ مُقِرًّا، ويَحْتَمِلُ أنْ يَكُونَ مُنْكِرًا، بلِ الظاهرُ منه الإِقْرَارُ؛ لأن المُدَّعِي صادقٌ ظاهرًا؛ لوجودِ دِينِه وعَقْلِه الصارِفَيْنِ عن الكذبِ، الداعِيَيْنِ(٣) إلىٰ الصدقِ.

فإذا كان المُدَّعِي صادقًا؛ لا يُنْكِرُ المُدَّعَىٰ عليه أيضًا؛ لأنه لا يَتْرُكُ الصدقَ لدِينِه وعَقْلِه، فإذا كان الظاهرُ مِن حالِه الإِقْرَارَ؛ لا يُقْضَىٰ بِالبَيِّنَةِ، بخلافِ ما إذا سكَتَ عن الجوابِ؛ لأن الشَّرْعَ أنزله مُنْكِرًا دفْعًا للظلْمِ، فكان الإنكارُ موجودًا.

أمَّا هنا: فبِخلافِه؛ لأنا ما تَحقَّقْنا عدمَ الإِقْرَارِ، فظهَر الفرْقُ، ولأن القاضيَ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النُّسخ: «الحُجَّة». بدل: «البيِّنة». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«تح».

(٣) وقع بالأصل: «الداعين». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وقال الشافعي: يَجُوزُ لِوُجُودِ الْحُجَّةِ وَهِيَ الْبَيِّنَةُ فَظَهَرَ الْحَقُّ.

وَلَنَا أَنَّ الْعَمَلَ بِالشَّهَادَةِ لِقَطْعِ الْمُنَازَعَةِ، وَلَا مُنَازَعَةَ دُونَ الْإِنْكَارِ وَلَمْ يُوجَدْ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْإِقْرَارَ وَالْإِنْكَارَ مِنَ الْخَصْمِ فَيَشْتَبِهُ وَجْهُ الْقَضَاءِ لِأَنَّ أَحْكَامَهُمَا مُخْتَلِفَةٌ، وَلَوْ أَنْكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ قِيَامُ الْإِنْكَارِ وَقْتَ الْقَضَاءِ، وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ.

وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ بِإِنَابَتِهِ، أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا؛ بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى

غاية البيان

لا يُمْكِنُه القضاءُ هنا؛ لأن وَجْهَ القضاءِ مُشْتَبِهٌ؛ لأنه لا يَدْرِي بأيِّ حُجَّةٍ يَقْضِي؛ لأنَّ الأحكامَ مختَلِفَةٌ، فحُكْمُ القضاءِ بِالبَيِّنَةِ: أنْ يَجِبَ الضَّمانُ على الشهودِ عندَ الرُّجُوعِ، ويَظْهَرُ في الزوائدِ المتَّصِلَةِ والمنفصلةِ، وحُكْمُ القضاءِ بالإقرارِ خلافُ ذلك، فتعَذَّر القضاءُ أصلًا، والباقي يُعْلَمُ في «طريقة الخلاف»[1] إنْ شاء اللهُ تعالى.

قولُه: (وَلَوْ أَنْكَرَ ثُمَّ غَابَ فَكَذَلِكَ)، يَعْنِي: لو أنكر المُدَّعَى عليه، ثم غاب؛ لا يَقْضِي القاضي أيضًا في غَيْبَتِه، وإنْ كان وُجِدَ منه الإنكارُ، وهو قولُ محمَّدٍ ﷺ.

وقال أبو يوسفَ ﷺ [٢/٢٣٥ظ]: يَقْضِي؛ لوجودِ الإنكارِ منه صريحًا، وهو معنىٰ قولِه: (وَفِيهِ خِلَافُ أَبِي يُوسُفَ).

وقال محمَّدٌ: إن إنكارَه إلى وَقْتِ القضاءِ شرْطٌ، وبقاءُ الإنكارِ في وَقْتِ القضاءِ باستصحابِ الحالِ لا بالنصِّ، وذلك يَصْلُحُ للدفعِ، لا للإثباتِ.

قولُه: (وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ قَدْ يَكُونُ بِإِنَابَتِهِ، أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي، وَقَدْ يَكُونُ حُكْمًا؛ بِأَنْ كَانَ مَا يَدَّعِي عَلَى الْغَائِبِ سَبَبًا لِمَا يَدَّعِيهِ عَلَى

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/ ٣٩٧ - ٤٠٠].

الْحَاضِرِ وَهَذَا فِي غَيْرِ صُورَةٍ فِي الْكُتُبِ، ....

الْحَاضِرِ)، وهذا تفسيرٌ لقوله: (وَمَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ)، في قوله: (وَلَا يَقْضِي الْقَاضِي عَلَىٰ غَائِبٍ إِلَّا أَنْ يَحْضُرَ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ).

يعني: أن القائمَ مقامَ الغائبِ قد يَكُونُ قَصْدًا بإنابةِ الغائبِ، بأَنْ يَجْعَلَهُ وَكِيلًا، أَوْ بإنابةِ الشَّرْعِ، كما لو وَكَّلَ القاضي وَكِيلًا عن الغائبِ، أَوْ يَكُونُ نيابةُ الغائبِ عن الحاضرِ الغائبِ حُكْمًا، بأَنْ كان ما يدَّعِي علىٰ الغائبِ سببًا لِمَا يدَّعِيه علىٰ الحاضرِ.

وتفسيرُ هذه الجملةِ: ما نقلَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»[1] عن شيخِ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه: أن الحاضرَ إنما [٥/٣٣١و/م] يَنْتَصِبُ خَصمًا عن الغائبِ بأحدِ معانٍ ثلاثةٍ:

أحدُها: أن يَكُونَ الحاضرُ وَكِيلًا عن الغائبِ، وهو ظاهرٌ.

والثاني: أَنْ يَكُونَ المُدَّعَىٰ علىٰ الحاضرِ والغائبِ شيئًا واحدًا، وما يُدَّعَىٰ علىٰ الغائبِ سببًا لثبوتِ ما يُدَّعَىٰ علىٰ الحاضرِ لا محالةَ.

ففي هذه الحالةِ: يُقْضَىٰ علىٰ الحاضرِ والغائبِ جميعًا، حتَّىٰ لو حضَر الغائبُ وأنكَر؛ لا يُلْتَفَتُ إلىٰ إنكارِه.

والثالثُ: أن يَكُونَ المُدَّعَىٰ شَيْئَيْنِ مختلفَيْنِ، ويَكُونَ ما يَدَّعِي علىٰ الغائبِ سببًا لثبوتِ ما يَدَّعِي علىٰ الحاضرِ علىٰ كلِّ حالٍ، بحيثُ لا يَنْفَكُّ عنه.

ففي هذه الحالةِ: يَنْتَصِبُ الحاضرُ خصمًا عن الغائبِ، ويَقْضِي عليهما جميعًا.

أَمَّا إذا كان ما يُدَّعَىٰ علىٰ الغائبِ، قد يَكُونُ سببًا لِمَا يَدَّعِي علىٰ الحاضرِ، وقد لا يَكُونُ: بأَنْ كان مما يَنْفَكُّ عنه بحالٍ؛ فإنه يُنْظَرُ في ذلك: إنْ كان ما يَدَّعِي علىٰ الغائبِ نفْسِه قد يَكُونُ سببًا لِمَا يَدَّعِيه علىٰ الحاضرِ؛ [فإنه يَقْضِي بِالبَيِّنَةِ في

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ٢١٨].

....

حقِّ الحاضرِ](١)، ولا يُقْضَىٰ بها في حقِّ الغائبِ، حتَّىٰ لو حضَر الغائبُ وأنكَر ذلك؛ يَحْتَاجُ إلىٰ إعادةِ البيِّنةِ عليه.

وإنْ كان ما يَدَّعِيه علىٰ الغائبِ نفسِه: لا يَكُونُ سببًا لِمَا يدَّعِي علىٰ الحاضرِ، وإنما يَكُونُ سببًا باعتبارِ البقاءِ إلىٰ وَقْتِ الدَّعْوَىٰ، فإنه لا يُقْضَىٰ بِالبَيِّنَةِ بما ادَّعاه المُدَّعِي، لا في حقِّ الحاضرِ، ولا في حقِّ الغائبِ.

أمَّا تفسيرُ الأصلِ الثاني: وهو أنْ يَكُونَ المُدَّعَىٰ علىٰ الحاضرِ والغائبِ شيئًا واحدًا(٢)، وما يدَّعِي علىٰ الغائبِ سببٌ لثبوتِ ما يَدَّعِي علىٰ الحاضرِ لا محالةَ: فبيانُ ذلك في ثلاثِ مسائلَ:

إحدَاها: رجلٌ ادَّعَىٰ دارًا في يدِ رجلٍ أنها مِلْكُه، وأنكَر ذو اليدِ، فأقام المُدَّعِي بَيِّنَةً أن الدَّارَ دارُه، اشتراها مِن فلانٍ الغائبِ، وهو يَمْلِكُها؛ فإنه يُقْضَىٰ بها في حقِّ الغائبِ والحاضرِ؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ شيءٌ واحدٌ، وهو الدارُ، وما ادَّعَىٰ علىٰ الغائبِ ـ وهو الشِّرَاءُ ـ سببٌ لثبوتِ ما يدَّعِي علىٰ الحاضرِ؛ لأن الشِّرَاءَ مِن المالكِ سببٌ لا محالةَ.

والثانيةُ: إذا ادَّعَىٰ علىٰ آخرَ أنه كَفَلَ عن فلانٍ بما يَذُوبُ له عليه، فأقرَّ المُدَّعَىٰ عليه بالكفالةِ، وأنكَر الحقَّ، فأقامَ البَيِّنَةَ أنه ذابَ(٣) له علىٰ فلانٍ ألفُ درهمٍ؛ فإنه يُقْضَىٰ بها في حقِّ الكَفِيلِ الحاضرِ، وفي حقِّ الغائبِ جميعًا، حتَّىٰ لو حضَر الغائبُ وأنكَر لا يُلْتَفَتُ إلىٰ إنكارِه.

والثالثةُ: إذا [د/٣٣١ظ/م] ادَّعَىٰ الشُّفْعَةَ في دارٍ في يدِ إنسانٍ، وقال ذو اليدِ:

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «سببًا واحدًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ذابَ له: أي: ما وجَب وثبَتَ وتقرَّر. وقد تقدم التعريف بذلك.

غاية البيان

الدَّارُ دارِي ما اشتريتُها مِن أحدٍ، فأقام المُدَّعِي البيِّنَةَ أن ذا اليدِ اشترىٰ هذه الدَّارَ مِن فلانٍ بألفِ درهمٍ، وهو يَمْلِكُها، وأنه شفيعُها؛ يُقْضىٰ بِالشِّراءِ في حقِّ ذي اليدِ والغائبِ جميعًا.

وأمَّا الأصلُ الثالثُ: وهو ما إذا كان المُدَّعىٰ شَيْئَيْنِ، وما يَدَّعِيه على الغائبِ سببٌ لِمَا يَدَّعِيه على الحاضرِ: فبيانُه في [٢/٢٣٦و] ثلاثِ مسائلَ:

إحداها: رجلٌ قذَفَ محصنًا حتَّىٰ وجَبَ عليه الحدُّ، فقال القاذفُ: أنا عبْدٌ وعلَيَّ حَدُّ العبيدِ، وقال المقذوفُ: لا، بل كان أعتقَك مولاك، ولي عليك حَدُّ الأحرارِ، وأقام البيِّنَةَ على ذلك؛ تُقْبَلُ [هذه][1] البيِّنَةُ، ويُقْضىٰ بالعتقِ في حقِّ الحاضرِ والغائبِ جميعًا، حتَّىٰ لو حضَر الغائبُ وأنكَر العِتْقَ لا يُلْتَفَتُ إلىٰ إنكارِه وإنِ ادَّعَىٰ شَيْئَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ؛ لأنه ادَّعَىٰ على الحاضرِ حَدًّا كاملًا، وعلى الغائبِ عِتْقًا، لكن لَمَّا كان العِتْقُ سببًا لثبوتِ ما يدَّعِي على الحاضرِ؛ لأن تكميلَ الحَدِّ لا ينفكُّ عن العِتْقِ بحالٍ، فيُقْضىٰ بِالبيِّنَةِ في حقِّ الغائبِ والحاضرِ جميعًا.

والثانيةُ: شاهدان شَهِدا علىٰ رَجُلٍ بمالٍ، فقال المشهودُ عليه: هما عبْدان لفلانٍ الغائبِ، وأقام المشهودُ له البيِّنَةَ أن مولاهما قد أعتقَهما قبلَ هذا، وهو يَمْلِكُهما؛ تُقْبَلُ هذه البيِّنَةُ، ويَثْبُتُ العِتْقُ في حقِّ المشهودِ عليه والمَوْلَى الغائبِ؛ لأن العِتْقَ لا يَنْفَكُّ عن ولايةِ الشهادةِ.

والثالثةُ: رَجلٌ قتَلَ رَجُلًا عمدًا، وله وَلِيَّان غاب أحدُهما، وادَّعَى الحاضرُ علىٰ القاتلِ أن الغائبَ عفَا عن نصيبِه، فانقلَب نصيبي مالًا، وأنكَر القاتلُ، فأقام المُدَّعِي البيِّنَةَ علىٰ ذلك؛ تُقْبَلُ ويُقْضىٰ بها على الحاضرِ والغائبِ جميعًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

غاية البيان

فإنْ قيل: يَبْطُلُ هذا بما إذا كان العبدُ بينَ حاضرٍ وغائبٍ، فادَّعَىٰ[1] علىٰ الحاضرِ منهما أن الغائبَ أعتقَ نصيبَه وهو مُوسِرٌ، وادَّعَىٰ قَصْرَ يدِ الحاضرِ عن نَفْسِه؛ لصيرورتِه مُكاتبًا عندَ أبي حنيفةَ ﷺ، وأقام البيِّنَةَ علىٰ الحاضرِ بذلك؛ لا تُقْبَلُ هذه البيِّنَةُ أصلًا، وإعْتَاقُ الغائبِ نصيبَه سببٌ لقَصْرِ يدِ الحاضرِ عنه لا محالةَ.

قلنا: هذه الشهادةُ لا تُقْبَلُ عندَ أبي حنيفةَ، لا لعدمِ الخَصْمِ عن الغائبِ؛ بل لجهالةِ المَقْضِيِّ عليه بالكتابةِ؛ لأن الساكتَ إنِ اختار تَضْمِينَ المعْتِقِ؛ فإن العبدَ يَصِيرُ مُكاتبًا مِن جهةِ المعتِقِ، وإنِ اختار الاستسعاءَ؛ يَصِيرُ [٤/٣٢٢و/م] مكاتبًا مِن جهةِ الساكتِ، فكان المَقْضِيُّ عليه بالكتابةِ مجهولًا، فلَمْ تُقْبَلْ لهذا.

وأمّا إذا كان المُدَّعَىٰ شَيْئَيْنِ ـ وما يَدَّعِيه علىٰ الغائبِ لا يَكُونُ سببًا لِمَا يَدَّعِيه علىٰ الحاضرِ لا محالةَ، بل قد يَكُونُ سببًا، وقد لا يَكُونُ ـ فبيانُه في مسألتين:

إحدَاهما: رجلٌ جاء إلىٰ عبدِ إنسانٍ، وقال: إن مولاكَ قد وكَّلَنِي بأنْ أحمِلَكَ إليه، فأقام المُدَّعِي البيِّنَةَ أن مولاه أعتقَه؛ يُقْبَلُ في حقِّ قَصْرِ يدِ الحاضرِ، ولا يُقْبَلُ في حقِّ العِتْقِ علىٰ الغائبِ، حتَّىٰ لو حضَر الغائبُ وأنكَر العِتْقَ؛ يَحْتَاجُ العبدُ إلىٰ إقامةِ البيِّنَةِ.

والثانيةُ: رجلٌ جاء إلىٰ امرأةِ الغائبِ، وقال: إنَّ زَوْجَكِ وَكَّلَنِي بأنْ أنقُلَكِ إليه، فأقامتِ البيِّنَةَ أن زَوْجَها طَلَّقَها ثلاثًا؛ يُقْضَىٰ بقَصْرِ يدِ الوَكِيلِ عنها، ولا يُقْضَىٰ بالطلاقِ؛ لأن المُدَّعَىٰ شيئان: الطلاقُ والعَتَاقُ علىٰ الغائبِ، وقَصْرُ يدِ الحاضرِ، والعِتْقُ والطلاقُ قد يَتحَقَّقُ، ولا يُوجِبُ انعزالَ الوَكيلِ، بألَّا يَكُونَ هناك وَكالةٌ.

وقد يَتحَقَّقُ مُوجبًا للانعزالِ؛ بأنْ وُجِدَ بعدَ الوَكَالَةِ، فلا يَكُونُ انعزالُ الوكيلِ

---

(١) أي: العبد. كذا جاء في حاشية: «ن».

....

حُكْمًا أصليًّا للطلاقِ والعَتاقِ، فمِنْ حيثُ إنه ليس بسببٍ لحقِّ الحاضرِ في الجملةِ؛ لا يَكُونُ الحاضرُ فيه خصْمًا عن الغائبِ، [و](1)مِن حيثُ إنه قد يكُونُ سببًا؛ قَبِلْنا البَيِّنَةَ فيما يَرْجِعُ إلىٰ حقِّ الحاضرِ في قَصْرِ يدِه، وانعزالِه عن الوكالةِ؛ لأنه ليس مِن ضَرُورَةِ انعزالِ الوَكِيلِ: تحقُّقُ الطلاقِ والعَتاقِ. ولا من ضرورةِ تحقُّقِ الطلاقِ والعَتاقِ: انعزالُ الوكيلِ، فلا يُقْضَىٰ بالطلاقِ والعَتاقِ.

وأمَّا إذا كان المُدَّعَىٰ شَيْئَيْنِ ـ ونفْسُ ما ادَّعَىٰ على الغائبِ لا يَكُونُ سببًا لثبوتِ ما يُدَّعَىٰ على الحاضرِ إلا باعتبارِ البقاءِ ـ فبيانُه في مسائلَ:

أحدُها: ما قالوا: فيمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيةً، فادَّعَى المُشْتَرِي على البائعِ أنَّ البائعَ كان زَوَّجَها مِن فلانٍ الغائبِ، وقدِ اشتَراها [٢/٢٣٦ظ] المُشْتَرِي، وهو لا يَعْلَمُ بذلك، وأنكر البائعُ، وأقام المُشْتَرِي على ذلك بَيِّنَةً؛ فإنه لا يُقْضَىٰ بِالبَيِّنَةِ، لا في حقِّ الغائبِ، ولا في حقِّ الحاضرِ؛ لأن المُدَّعَىٰ شيئان: الرَّدُّ بعَيْبٍ على الحاضرِ، والنِّكاحُ على الغائبِ.

وما ادَّعَىٰ مِن النِّكاحِ على الغائبِ نفسه؛ ليس بسببٍ لِمَا يدَّعِي على الحاضرِ مِن غيرِ اعتبارِ البقاءِ [٥/٣٣٢ظ/م]؛ لجوازِ أن يَكُونَ تزَوَّجها ثُمَّ طَلَّقَها، وإنْ أقام البَيِّنَةَ على البقاءِ؛ بأنْ شَهِدُوا أنها امرأتُه للحالِ؛ لا يُقْبَلُ أيضًا؛ لأن البقاءَ تبَعٌ للابتداءِ.

والثانيةُ: المُشْتَرِي شِرَاءً فاسدًا إذا أقام البَيِّنَةَ أنه باع من فلانٍ الغائبِ؛ لا يُقْبَلُ؛ لإبطالِ حقِّ البائعِ في الاِسْتِرْدَادِ، لا في حقِّ الحاضرِ، ولا في حقِّ الغائبِ؛ لأن نفْسَ البَيْعِ ليس بسببٍ لبُطْلانِ حقِّ البائعِ في الاِسْتِرْدَادِ؛ لجوازِ أنه باع ثم انْفَسَخ البَيْعُ بينَهما، فيَعُودُ حقُّ البائعِ في الاِسْتِرْدَادِ، وإذا لم يَكُنْ خصْمًا في إثباتِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

نفسِ البَيعِ؛ لم يَكُنْ خَصمًا في إثباتِ البقاءِ؛ لأن البقاءَ تبَعٌ.

والثالثةُ: رجلٌ في يدَيْه دارٌ، بِيعَتْ بجَنْبِها دارٌ، فأراد الذي في يَدَيْهِ الدَّارُ أنْ يَأْخُذَ المُشْتَرَاةَ بِالشُّفْعَةِ، فقال المُشْتَرِي لِلشَّفِيعِ: الدَّارُ داري في يَدَيْكَ ليس لك، إنها لفلانٍ، فأقام الشَّفِيعُ البَيِّنَةَ أن الدَّارَ التي في يَدَيْهِ دارُه، اشْتَرَاها مِن فلانٍ الغائبِ؛ لا يُقْضَىٰ بِالشِّرَاءِ، لا في حقِّ الحاضرِ، ولا في حقِّ الغائبِ؛ لأنَّ المُدَّعَىٰ شيئان مختَلِفَان.

وما ادَّعَىٰ علىٰ الغائبِ مِن شِراءِ الدَّارِ ليس بسببٍ لثبوتِ حقِّه في الشُّفْعَةِ؛ ما لم يَثْبُتِ البقاءُ، فإنه لو كان اشْتَرَاها، ثم فسَخَا البَيْعَ، وأزالَها عن مِلْكِه بوجهٍ مِن الوجوهِ؛ لا يَكُونُ له الشُّفْعَةُ، وإنما يَكُونُ له الشُّفْعَةُ باعتبارِ البقاءِ، ولَمْ يُقِم البَيِّنَةَ علىٰ البقاءِ، ولو أقامَها علىٰ البقاءِ لَمْ يُقْبَلْ أيضًا؛ لِمَا مَرَّ أنه تَبَعٌ، والباقي يُعْلَمُ في كتابِ «**أدب القاضي**» في مسائلِ القضاءِ علىٰ الغائبِ من «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**»، وفي الفصلِ الرابعِ من «**فصول الأُسْتَرُوشَنِيِّ**». واللهُ أعلمُ.

قولُه: (أَوْ بِإِنَابَةِ الشَّرْعِ، كَالْوَصِيِّ مِنْ جِهَةِ الْقَاضِي).

قال بعضُهم في «شرحه»: قَيَّدَ بالوصِيِّ من جهةِ القاضي؛ احترازًا عن المُسَخَّرِ مِن جهةِ القاضي، فإن فيه اختلافَ الروايتَيْنِ، نقَلَ صاحبُ «**الفصول**» عن «**المحيط**» و«**الذخيرة**» وسائرِ الفتاوىٰ: إذا ادَّعَىٰ إنسانٌ علىٰ آخرَ، والقاضي يَعْلَمُ أنه مُسَخَّرٌ لا شيءَ عليه؛ لا يَجُوزُ[1]، ولو حكَم عليه لا يَجُوزُ.

وتَفْسيرُ المُسَخَّرِ: أنْ يَنْصِبَ القاضي وَكِيلًا عن الغائبِ؛ ليَسْمَعَ الخُصُومةَ

---

(١) وقع بالأصل: «ولا يجوز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفصول» للأُسْتَرُوشَنِيِّ [ق٤٢/أ/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٥٣٠)].

أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ؛ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ وَقَدْ

غاية البيان

عليه، وكذلك لو أحضر رَجلٌ غيرَه عندَ القاضي؛ لِيَسْمَعَ الخُصُومةَ عليه، والقاضي يَعْلَمُ أنه مُسَخَّرٌ ليس بخَصْمٍ؛ فالقاضي لا يَسْمَعُ الخُصُومةَ عليه، وإنَّما يَجُوزُ نَصْبُ الوكيلِ عن خَصْمٍ اختفَىٰ في بيتِه، ولا يَحْضُرُ مجلسَ [٥/٣٣٣و/م] الحُكْمِ بعدَما بعَثَ أُمَناءَه إلى دارِه، ونُودِيَ علىٰ بابِ دارِه.

ثم قال صاحبُ «الفصول»: وذكَر في شهاداتِ «الجامع»: رجلٌ غاب، فجاء رَجلٌ وادَّعَىٰ علىٰ رجلٍ ذكرٍ أنه خَصْمُ الغائبِ، وأن الغائبَ وكَّلَه بطلبِ كلِّ حقٍّ له علىٰ غُرمائِه بالكوفةِ وبالخصومةِ فيه، والمُدَّعَىٰ عليه يُنْكِرُ وكالتَه، وأقام المُدَّعِي بيِّنَةً علىٰ وكَالتِه، فقضَىٰ القاضي عليه بِالْوَكالةِ».

وهذه المسألةُ دليلٌ علىٰ جوازِ التسخيرِ[(١)]، فإنه قال: «ادَّعَىٰ علىٰ رجلٍ ذكرٍ أنه خَصْمُ الغائبِ، ولَمْ يَقُلْ: إنه غريمُ الغائبِ، لكن هذا عندَنا محمولٌ علىٰ ما إذا لم يَعْلمِ القاضي بكونِه مُسَخَّرًا، أمَّا إذا عَلِم القاضي ذلك؛ لا يَثْبُتُ».

ثم قال: وذكَر في «أدب القاضي»: أن الحُكْمَ علىٰ المُسَخَّرِ لا يَجُوزُ»، ثم قال: وقيلَ: يَنْبَغِي أن تَكُونَ هذه المسألةُ علىٰ روايتَيْنِ؛ لأن هذا في الحاصلِ قضاءٌ علىٰ الغائبِ، وفي القضاءِ علىٰ الغائبِ روايتان عن أصحابِنا، وكان ظَهِيرُ الدِّينِ المَرْغِينَانِيُّ [٢/٢٣٧و] ﷺ يُفْتِي في القضاءِ علىٰ الغائبِ بعدمِ النفاذِ؛ كَيْلَا يَتطرَّقُوا إلىٰ هَدْمِ مذهبِ أصحابِنا ﷺ». إلىٰ هنا لَفْظُ صاحبِ «الفصول» في الفصلِ الرابعِ[(٢)].

قولُه: (أَمَّا إِذَا كَانَ شَرْطًا لِحَقِّهِ؛ فَلَا مُعْتَبَرَ بِهِ فِي جَعْلِهِ خَصْمًا عَنِ الْغَائِبِ)، يعني: إذا كان ما يدَّعِي علىٰ الغائبِ شرْطًا لثبوتِ ما يَدَّعِي علىٰ الحاضرِ؛ لا يُجْعَلُ

---

(١) وقع بالأصل: «المُسَخَّر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) يعني: «في القضاء علىٰ الغائب، والقضاء الذي يتعدَّىٰ إلىٰ غير المَقْضِيِّ عليه». ينظر: «الفصول» للأُسْتُرُوشَنِيِّ [ق٢٤/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٥٣٠)].

عُرِفَ تَمَامُهُ فِي الْجَامِعِ.

غاية البيان

الحاضرُ خصمًا عن الغائبِ، وهذا قولُ عامّةِ المشايخِ ﷺ.

وصورتُه: ما ذكَر في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «رجلٌ قال لامرأتِه: إنْ طلَّقَ فلانٌ امرأته؛ فأنتِ طالقٌ، فادَّعَتِ امرأتُه عليه: أن فلانًا طلَّقَ امرأته، وفلانٌ غائبٌ، فأقامتِ البيِّنَةَ؛ لا تَصِحُّ هذه البيِّنَةُ، ولا يُقْضَىٰ بوقوعِ الطلاقِ عليها؛ لأن بيِّنتَها علىٰ فلانٍ الغائبِ لا تَصِحُّ؛ لأن ذلك ابتداءُ القضاءِ علىٰ الغائبِ، وقد أفتىٰ بعضُ المتأخِّرين: بأنَّ هذه البيِّنَةَ تُقْبَلُ، ويُقْضَىٰ بوقوعِ الطلاقِ، إلا أن الأوَّلَ أصحُّ.

فإنْ قيل: أليس لو قال لها: إنْ دخلَ فلانٌ الدَّارَ فأنتِ طالقٌ، فأقامتِ المرأةُ البيِّنَةَ: أنه دخَل، وفلانٌ غائبٌ؛ كانتِ البيِّنَةُ صحيحةً.

الجوابُ: إنما صحَّتْ هناك؛ لأنه ليس فيها إبطالُ حقِّ الغائبِ، فلا يكونُ قضاءً علىٰ الغائبِ.

والحاصلُ: أن الإنسانَ إذا أقام البيِّنَةَ علىٰ شرْطِ حقِّه بإثباتِ فِعْلٍ [٤/٣٣٣ظ] علىٰ الغائبِ، فإنْ لم يَكُنْ فيها إبطالُ حقِّ الغائبِ؛ تُقْبَلُ هذه البيِّنَةُ، ويَنْتصِبُ الحاضرُ خصمًا عن الغائبِ، وإنْ كان في قبولِ البيِّنَةِ إبطالُ حقٍّ على الغائبِ مِن طلاقٍ، أوْ عَتاقٍ، أوْ بَيْعٍ، أوْ ما أشبَه ذلك؛ الأصحُّ ألَّا تُقْبَلَ.

وقد أفتىٰ بعضُ المتأخِّرين: أنه يُقْبَلُ، ويُقْضَىٰ علىٰ الحاضرِ والغائبِ جميعًا، وبه أخَذَ القاضي الإمامُ شمسُ الإسلامِ محمودٌ الأُوزْجَنْدِيُّ، حكَىٰ ذلك عنه: الشيخُ الإمامُ ظَهِيرُ الدِّينِ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

ثم قال فيها بعدَ أوراقٍ: وذكَر الشيخُ الإمامُ عَلِيٌّ البَزْدَوِيُّ في بابِ ما يُقامُ عليه البيِّنَةُ مِن نِكَاحِ «الجامع»: «أن الإنسانَ يَنْتصِبُ خَصمًا عن الغائبِ في إثباتِ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ٢١٧ - ٢١٨].

قَالَ: وَيُقْرِضُ الْقَاضِي أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ، وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الْحَقِّ؛ لِأَنَّ فِي الْإِقْرَاضِ مَصْلَحَتَهُمْ لِبَقَاءِ الْأَمْوَالِ مَحْفُوظَةً مَضْمُونَةً، وَالْقَاضِي يَقْدِرُ عَلَى

غاية البيان

شرطِ حقِّه، كما ينتصِبُ خصمًا في إثباتِ سببِ حقِّه؛ لأنه مُحتاجٌ إلى إثباتِ حقِّه، وكما لا يُمكِنُه إثباتُ حقِّه إلا بإثباتِ سببِه؛ لا يُمكِنُه إلا بإثباتِ شرطِه، كما لو قذَفَ إنسانًا، فادَّعَى القاذفُ أنه عبدُ فلانٍ، وأقام المقذوفُ بيِّنةً أن فلانًا كان أعتقَه؛ تُقبَلُ هذه البيِّنةُ، وإنْ كان إعتاقُ الغائبِ شرطًا لحقِّه».

وقد ذكَرْنا أن شيخَ الإسلامِ خُواهَرْ زَادَه يقولُ: إن الإعتاقَ سببٌ لكمالِ الحدِّ؛ لأنَّ الحدَّ لا ينفَكُّ عنه بحالٍ ما، وكلُّ ما لا ينفَكُّ عنه حقُّه بحالٍ ما؛ كان بمنزلةِ السَّببِ، فينتصِبُ فيه الحاضرُ خصمًا عن الغائبِ.

قولُه: (قَالَ: وَيُقْرِضُ الْقَاضِي أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ، وَيَكْتُبُ ذِكْرَ الْحَقِّ)، أي: قال محمدٌ في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في القاضي يُقرِضُ أموالَ اليتامَى. قال: هكذا ينبغي له أنْ يصنَعَ، يُقرِضُها ويكتُبُ بها ذِكْرَ الحُقُوقِ، وإنْ أقرَضَها الوصيُّ ضَمِنَ»[1]. إلى هنا لفظُ محمَّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير»، وهي من الخواصِّ.

بيانُه: أن القرْضَ تبرُّعٌ ابتداءً، مُعاوضةٌ انتهاءً؛ لأنه قطْعُ المِلْكِ عن العينِ ببدلٍ في ذمَّةِ المُفْلِسِ، وهذا لأن الإنسانَ لا يستقرِضُ عادةً، إلا إذا كان غيرَ مَلِيٍّ، ولهذا حلَّ محلَّ الصَّدقةِ في الثوابِ، بل زاد عليها؛ لتيقُّنِ الحاجةِ في المُستقرِضِ دونَ الفقيرِ؛ لأنه لا يستقرِضُ ما لم يكُنْ محتاجًا، وقد يُرَى الشخصُ فقيرًا، ولا يكُونُ في الواقعِ كذلك.

فإذا ثبتَ أن القرْضَ[2] تبرُّعٌ؛ صار كالعِتْقِ على مالٍ، فلا يملِكُه من لا يملِكُ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٩].

(٢) وقع بالأصل: «العتق». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

الاسْتِخْرَاجِ وَالْكِتَابَةِ لِيَحْفَظَهُ (وَإِنْ أَقْرَضَ الْوَصِيُّ ضَمِنَ) لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى الِاسْتِخْرَاجِ، وَالْأَبُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ لِعَجْزِهِ عَنِ الِاسْتِخْرَاجِ، والله أعلم.

غاية البيان

التبرُّعُ بمالِ اليتيم، إلا أن [د/٣٣٤و/م] القاضيَ لَمَّا كان قادرًا على استخراجِ المالِ مِن المُسْتَقْرِضِ، كان له [٢/٢٣٧ظ] ولايةُ الإقراضِ؛ لأن الدَّيْنَ في ذِمَّتِه بحُكْمِ ولايةِ القاضي، كان معادِلًا للعينِ وزيادةٍ؛ لأنه لو لَمْ يُقْرِضْ؛ ربَّما يَهْلِكُ المالُ، فإذا أقرضَ؛ كان مصونًا عن التَّوَىٰ والتلَفِ؛ لأن القاضيَ يَقْدِرُ على الاستخراجِ بعِلْمِه.

فإذا كان كذلك؛ كان إقراضُ القاضي نظرًا لليتيم، بخلافِ الوَصِيِّ؛ لأنه لا يَقْدِرُ على الاستخراجِ بنفسِه، وليس كلُّ قاضٍ يَعْدِلُ، ولا كلُّ بيِّنةٍ تُسْمَعُ، فصار إقراضُ الوَصِيِّ ضررًا في حقِّ اليتيمِ، فيَضْمَنُ.

وأمَّا الأبُ: فهل يَمْلِكُ إقراضَ مالِ الصغيرِ أمْ لا؟ لَمْ يذْكُرْ محمَّدٌ ﷺ ذلك في «الجامع الصغير».

قال الفقيهُ أبو الليثِ: «يَجُوزُ أنْ يُقَالَ: لا يَجُوزُ قرْضُه، كما لا يَجُوزُ قرْضُ الوَصِيِّ». يَعْنِي: أن الأبَ لا يتمكَّنُ منَ الاستخراجِ بنفسِه كالوصِيِّ، ويَجُوزُ أنْ يُقَالَ: يَجُوزُ قرْضُ الوالدِ؛ لأن ولايتَه أعمُّ مِن ولايةِ الوَصِيِّ، وهو غيرُ مُتَّهمٍ في أمْرِه؛ لفَرْطِ شفقَتِه، فأشبَه حالَ القاضي.

وإلى الوجهِ الأوَّلِ: ذهَبَ فخرُ الإسلامِ البَزْدَوِيُّ، والصدرُ الشهيدُ، والزاهدُ العَتَّابِيُّ في شُروحِهم لـ«الجامع الصغير».

وأراد بذِكْرِ الحقِّ: كِتابةَ الصَّكِّ للتذكِرةِ والتوكيدِ.

قولُه: (وَالْأَبُ بِمَنْزِلَةِ الْوَصِيِّ فِي أَصَحِّ الرِّوَايَتَيْنِ)، أراد بأصحِّ الروايتَيْنِ: ما ذهَبَ إليه فخرُ الإسلام ومَن وافقَه.

بَابُ التَّحْكِيمِ

قَالَ: وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا، فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا، وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ؛ جَازَ؛ لِأَنَّ لَهُمَا وِلَايَةً عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَصَحَّ تَحْكِيمُهُمَا وَيَنْفُذُ حُكْمُهُ عَلَيْهِمَا.

غاية البيان

بَابُ التَّحْكِيمِ

شرَعَ في بيانِ حُكْمِ الحَكَمِ؛ لأنه مِن أنواعِ القضاءِ، إلا أنه أخَّرَ ذكْرَه؛ لأنَّ حُكْمَه أدنى حالًا مِن حُكْمِ القاضِي، ولهذا إذا خالَفَ حُكْمُه مذهَبَ القاضي الذي يُنْهَى إليه؛ أبطلَه، ولهذا لا يَجُوزُ حُكْمُه في الحدودِ والقِصَاصِ، بخلافِ حكمِ القاضي، فإن القاضيَ الثانيَ يَنْفُذُ حُكْمُه إذا لَمْ يَكُنْ مخالفًا لنصِّ الكتابِ والسُّنَّةِ المشهورةِ والإجماعِ.

ويَجُوزُ حُكْمُ القاضي في الحدودِ والقِصَاصِ، ولا يَجُوزُ حُكْمُ الحَكَمِ فيهما، ويَجُوزُ حُكْمُ القاضي رَضِيَ الخَصْمُ بذلك أمْ لا، ولا يَجُوزُ حُكْمُ الحَكَمِ إلا بعدَ رضا الخَصْمَيْنِ، يُقَالُ: حَكَّمَه؛ إذا فوَّضَ الحُكْمَ إليه.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا حَكَّمَ رَجُلَانِ رَجُلًا، فَحَكَمَ بَيْنَهُمَا، وَرَضِيَا بِحُكْمِهِ؛ جَازَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إذا كان بصفةِ الحاكمِ»[1]، يَعْنِي: إذا كان الحَكَمُ مِن أهلِ الشهادةِ، وهذا لأنَّ الحَكَمَ بمنزلةِ القاضي في حقِّهما [٥/٣٣٤ظ/م]، فاشْتُرِطَ صفةُ القاضي في الحَكَمِ، حتَّى لا يَجُوزَ أنْ يُحَكِّما بينَهما محدودًا في قذْفٍ، أوْ عبدًا، أوْ أعمى، أوْ ذميًّا؛ لأنَّ شهادةَ هؤلاء لا تَجُوزُ.

والأصلُ في جوازِ التحكيمِ: قولُه تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ، وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٣٥]، وحكَّمَ النبيُّ ﷺ سعدَ بْنَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٦].

قال: وَهَذَا إذَا كَانَ الْمُحَكَّمُ بِصِفَةِ الْحَاكِمِ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْقَاضِي فِيمَا بَيْنَهُمَا فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ.

وَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ، وَالْعَبْدِ، وَالذِّمِّيِّ، وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ، وَالْفَاسِقِ، وَالصَّبِيِّ؛ لِانْعِدَامِ أَهْلِيَّةِ الْقَضَاءِ اعْتِبَارًا بِأَهْلِيَّةِ [٤٤/ط] الشَّهَادَةِ.....

غاية البيان

مُعَاذٍ فِي بَنِي قُرَيْظَةَ، ورَضِيَ بحُكْمِه؛ فقال[1]: «هَؤُلَاءِ نَزَلُوا عَلَى حُكْمِكَ». فقال: «تُقْتَلُ مُقَاتِلَتُهُمْ، وَتُسْبَى ذَرَارِيُّهُمْ»[2]، وكان بينَ عُمَرَ بْنِ الخطَّابِ وأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ ﷺ مُنَازَعَةٌ فِي نَخْلٍ[3]، فحكَّما بينهما زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ ﷺ[4].

قولُه: (فَيُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الْقَضَاءِ)، يعني: لَمَّا كان الحَكَمُ بمنزلةِ القاضي في حقِّ المُحَكِّمَيْنِ؛ اشْتُرِطَ أهليَّةُ القضاءِ في الحكَمِ، فعلى هذا يَجُوزُ تحكيمُ المرأةِ فيما يَثْبُتُ في الشُّبُهاتِ؛ لأنها مِن أهلِ الشهادةِ فيها.

قولُه: (وَلَا يَجُوزُ تَحْكِيمُ الْكَافِرِ، وَالْعَبْدِ، وَالذِّمِّيِّ، وَالْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ، وَالْفَاسِقِ، وَالصَّبِيِّ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[5]، وهذا كلُّه مِن إضافةِ المصدرِ إلى المفعولِ، فلو كان المرادُ إضافةَ المصدرِ إلى الفاعلِ؛ لجاز، وهذا لأن الحَكَمَ بمنزلةِ القاضي في حقِّ المتخاصِمَيْنِ، والقاضي لا يَصْلُحُ أنْ يَكُونَ

(١) وقع بالأصل: «فقالوا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) أخرجه: البخاري في كتاب فضائل الصحابة/ باب مناقب سعد بن معاذ [رقم/ ٣٥٩٣]، ومسلم في كتاب الجهاد والسير/ باب جواز قتال مَن نقض العهد وجواز إنزال أهل الحصن على حُكم حاكم عدْل أهلٍ للحكم [رقم/ ١٧٦٨]، من حديث أبي سعيد الخدري ﷺ به نحوه.
(٣) وكان المُدَّعِي أُبَيّ. كذا جاء في حاشية: «م»، و«تح»، و«ض». وقد أدرجه في: «غ» بالمتن!
(٤) أخرجه: سعيد بن منصور في «سننه» كما في «المقاصد الحسنة» [ص/ ٤٨١]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/ ١٣٦]، ووكيع القاضي في «أخبار القضاة» [١/ ١٠٨]، عن الشَّعْبِيّ قال: «كَانَ بَيْنَ عُمَرَ وَأُبَيِّ بْنِ كَعْبٍ ﷺ خُصُومَةٌ، فَجَعَلَا بَيْنَهُمَا زَيْدَ بْنَ ثَابِتٍ...». وذكر قصة.
(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٦].

وَالْفَاسِقُ إذَا حُكِّمَ يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا، كَمَا مَرَّ فِي الْمُوَلَّى.

وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا؛ لِأَنَّهُ مُقَلَّدٌ مِنْ جِهَتِهِمَا فَلَا يَحْكُمُ إلَّا بِرِضَاهُمَا جَمِيعًا (وَإِذَا حَكَمَ لَزِمَهُمَا) لِصُدُورِ حُكْمِهِ عَنْ

غاية البيان

بواحدٍ مِن هذه الصفاتِ، فكذا الحَكَمُ.

قولُه: (وَالْفَاسِقُ إذَا حُكِّمَ [٢/٢٣٨و] يَجِبُ أَنْ يَجُوزَ عِنْدَنَا، كَمَا مَرَّ فِي الْمُوَلَّى)، يعني: إذا وُلِّيَ الفاسقُ قضاءَ بلدةٍ؛ جاز عندَنا، ولكن لا يَنْبَغِي أنْ يُقَلَّدَ، فكذا الفاسقُ إذا حُكِّمَ يَنْبَغِي أنْ يَجُوزَ قياسًا على ذلك، ولكن لا يَنْبَغِي أن يُحَكَّمَ، وقد مَرَّ بيانُ القاضي الفاسقِ في أوَّلِ كتابِ «أدب القاضي».

قولُه: (وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُحَكِّمَيْنِ أَنْ يَرْجِعَ مَا لَمْ يَحْكُمْ عَلَيْهِمَا)، هذا لَفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وذلك لأن حُكْمَه مَوْقُوفٌ على رضاهما، فإذا رَجَعَ واحدٌ منهما قبلَ تنفيذِ الحُكْمِ؛ صار كأنَّ الرضا لَمْ يُوجَدْ في الابتداءِ.

أو نَقُولُ: إنهما سَلَّطا على التصَرُّفِ عليهما، فصار كَالتَّوْكيلِ، ولِلْمُوَكِّلِ عَزْلُ الوَكيلِ قَبلَ البَيْعِ، فكذلك هنا، بخلافِ ما إذا أمضَى الحُكْمَ، حيثُ لا يَكُونُ لواحدٍ منهما أن يَرْجِعَ؛ لأنه فَعَلَ ما فعَلَ بتسليطِهما، فلَمْ يَكُنْ لهما أوْ لأحدِهما نقْضُ ذلك بعدَ ذلك، كَالْوَكِيلِ إذا باعَ؛ لا ينْقُضُه المُوَكِّلُ، فكذلك ههنا.

وأوردَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» سؤالًا وجوابًا، فقال:

فإن قيل: أليس أن التحكيمَ إنما ثبتَ باتِّفَاقِهما، وكان يَنْبَغِي ألَّا يَصِحَّ الإخراجُ إلا باتِّفَاقِهما أيضًا؟

قلنا: يَجُوزُ ألَّا يَثْبُتَ العَقْدُ إلا [٥/٣٣٥و/م] باتِّفَاقِهما، ثم يَنفرِدُ أحدُهما بِالْفَسْخِ،

(١) ينظر: المصدر السابق.

وِلَايَةِ عَلَيْهِمَا وَإِذَا رُفِعَ حُكْمُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ؛ أَمْضَاهُ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي نَقْضِهِ ثُمَّ فِي إِبْرَامِهِ عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ (وَإِنْ خَالَفَهُ أَبْطَلَهُ) لِأَنَّ حُكْمَهُ لَا يَلْزَمُهُ لِعَدَمِ التَّحْكِيمِ مِنْهُ.

غاية البيان

كما في المُضَارَبةِ والشَّرِكَةِ ونحوِه، وهذا لأن أحدَهما لَمْ يَرْضَ بهذا التحكيم، فلو لَمْ يَكُنْ راضيًا في الابتداءِ؛ لا يَصِحُّ التحكيمُ، فإذا لَمْ يَرْضَ بعدَ ذلك؛ لا يَبْقَى التحكيمُ أيضًا، فأمَّا إذا نَفَذَ الحُكْمُ؛ فلا يَجُوزُ لواحدٍ منهما أنْ يَرْجِع عن ذلك، كالقاضي إذا قضَى، ثم عَزَله السلطانُ؛ لا يَبْطُلُ ذلك القضاءُ، ولو عزَله قبلَ القضاءِ؛ لا يَنْفُذُ حُكْمُه، فكذا في حقِّ الحَكَمِ.

وقال في «شرح الأقطع»: «قال الشَّافعيُّ ﷺ في أحدِ قولَيْهِ: لا يَجُوزُ التحكيمُ، وإنْ حَكَم لم يَلْزَمْهُ[1]».

لنا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أجاز حُكْمَ سَعْدِ بنِ مُعَاذٍ على بني قُرَيْظَةَ، ولو جاز رجوعُ المحكومِ عليه بعدَ الحُكْمِ؛ لم يَلْزَمْهُم ذلك معَ كراهَتِهم، أوْ كراهةِ بعضِهم[2].

قولُه: (وَإِذَا رُفِعَ حُكْمُهُ إِلَى الْقَاضِي، فَوَافَقَ مَذْهَبَهُ؛ أَمْضَاهُ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ خالَفه أبطلَه»[3].

وقال في «شرح الأقطع»: «قال الشَّافعيُّ ﷺ - على القولِ الذي يَقُولُ بجوازِ التحكيمِ -: ليس له فسْخُه[4]»[5].

---

(١) والقولُ الآخر - وهو الأظهر -: جواز التحكيم. ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١١/٣٢٤]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/١٩٦]، و«روضة الطالبين» للنووي [١١/١٢١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

(٤) مضى آنفًا تخريج قول الشافعي في المسألة.

(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣١٦].

وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُمَا عَلَىٰ دَمِهِمَا وَلِهَٰذَا لَا يَمْلِكَانِ الْإِبَاحَةَ[1].

غاية البيان

ثم اعلم: أن حُكْمَ الحاكم لا يَخْلُو: إمَّا أنْ يَكُونَ موافقًا لرأيِ القاضي الذي يُرْفَعُ إليه، أوْ مخالفًا له، فإنْ كان مُوافقًا: يُمْضِيه لا محالةَ؛ لعدم فائدةِ الفَسْخِ؛ لأنه إذا فسَخه يَحْتَاجُ إلىٰ أنْ يُبْرِمَه ثانيًا؛ لأن رأيَه هو الذي حكَم به الحَكَمُ، وإنْ كانَ مخالفًا لرأيِه ردَّه؛ لأن حُكْمَ الحَكَم إنما يَثْبُتُ بتسليطِ المُحَكِّمَيْنِ علىٰ أنفسِهما، ولا تَسْلِيطَ مِنَ القاضي، فلا يَكُونُ حُكْمُ الحَكَمِ حُجَّةً علىٰ القاضي.

وهذا بخلافِ حُكْمِ القاضي إذا رُفِعَ إلىٰ قاضٍ آخرَ، حيثُ يُمْضِيه، سواءٌ كان ذلك موافقًا لمذْهبِه، أوْ مخالفًا له إذا كان في فَصْلٍ مُجْتَهَدٍ فيه، ولَمْ يَكُنْ مخالفًا للكتابِ، والسُّنَّةِ المشهورةِ والإجماعِ؛ لأنَّ للقاضي ولايةً عامَّةً علىٰ كافَّةِ الناسِ، فكان قضاؤُه حُجَّةً علىٰ الكُلِّ، وحُكْمُ الحَكَمِ بمنزلةِ الصُّلْحِ، فلو رُفِعَ الصُّلْحُ إلىٰ القاضي، فكان مخالفًا [لرأيِه][2]؛ أبطَلَه، فكذا هنا.

ثم فائدةُ إمضاءِ القاضي: أن القاضيَ الثانيَ إذا رُفِع إليه؛ لا يُبْطِلُه، وإنْ خالَف ذلك مذهبَ الثاني؛ لأن إمضاءَ القاضي الأوَّلِ بمنزلةِ حُكْمِه بنفسِه ابتداءً.

قولُه: (وَلَا يَجُوزُ التَّحْكِيمُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3].

وقال الشَّافعيُّ ﷺ ـ علىٰ القولِ الذي يَجُوزُ التحكيمُ ـ: يَجُوزُ[4].

---

(١) زاد بعده في (ط): «فلا يستباح برضاهما».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/ ٢٢٦].

(٤) ينظر: «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/ ٣٧٩]، و«الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٣/ ٤٣٧]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [١٠/ ١٥٦].

....

قال الإمامُ النَّاصِحيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «ولو حَكَّما بينَهما في حَدٍّ، أوْ قِصاصٍ [٥/٣٣٥ظ/م]؛ لَمْ يَجُزْ».

ثم قال: «[قال][1] أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في القِصاصِ: يَنْبَغِي أنْ يَجُوزَ؛ لأنَّ وَلِيَّ المقتولِ لو اسْتَوْفَى القِصَاصَ مِن غيرِ أنْ يُرْفَعَ إلى السلطانِ؛ جاز، كذلك إذا حُكِّمَ فيه؛ لأنه مِن حُقُوقِ بني آدمَ».

ثم قال النَّاصِحيُّ: «وقال الحاكمُ في «مختَصرِه»: «وقضاءُ الحكَمِ في الأموالِ والقِصَاصِ [٢/٢٣٨ظ] جائزٌ إذا وافَق رأيَ القاضي». وكذلك ذكَره ابنُ كَاسٍ النَّخَعِيُّ في «أدب القاضي».

ثم قال النَّاصِحيُّ: «قال ابنُ كَاسٍ: وقال الحسنُ بنُ زيادٍ في كتابِ «أدب القاضي»: لو أن رَجُلينِ حَكَّما رَجُلًا في حَدٍّ أوْ قِصاصٍ، فحَكَم بينَهما؛ لَمْ يَجُزْ».

وقال شمسُ الأئمَّةِ السَّرخَسِيُّ في «شرح أدب القاضي»: «مِن أصحابِنا مَن قالوا: إنما لا يَجُوزُ هذا في الحدودِ الواجبةِ للهِ تَعالىٰ؛ لأنَّ الإمامَ هو المُتَعَيِّنُ لِاسْتِيفَاء حدودِ اللهِ تَعالىٰ، وليس لهما ولايةٌ علىٰ سائرِ الناسِ، فلا يَصِحُّ.

فأمَّا في القِصَاصِ وحَدِّ القذفِ: فيَجُوزُ التحكيمُ؛ لأن الِاسْتِيفَاءَ إليهما، والحقُّ في القِصَاصِ وحَدِّ القذْفِ لهما، فيَجُوزُ التحكيمُ كما في الأموالِ، ولكنَّ صاحبَ الكتابِ أطلَق وقال: «لا يَجُوزُ»، وهو الصحيحُ.

أراد بصاحبِ «الكتابِ»: الخَصَّافَ؛ لأن حُكْمَ الحكَمِ بمنزلةِ الصُّلْحِ، فلا يَجُوزُ اسْتِحْقَاقُه بالصلحِ، والعَقْدُ يَجُوزُ التحكيمُ فيه، وما لا فلا، والقِصَاصُ وحَدُّ القذفِ لا يَجُوزُ استيفاؤُه بالصلحِ والعَقْدِ، فكَذا لا يَجُوزُ التحكيمُ فيه، ولأنَّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالُوا: وَتَخْصِيصُ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَىٰ جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ، وَهُوَ صَحِيحٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَىٰ بِهِ، وَيُقَالُ يُحْتَاجُ إِلَىٰ حُكْمِ الْمُوَلَّىٰ دَفْعًا لِتَجَاسُرِ الْعَوَامِّ.

غاية البيان

القِصَاصَ وحَدَّ القذفِ مما يَنْدَرِئُ بالشبهاتِ، وفي حُكْمِه شُبْهَةٌ؛ لأنه حَكَمٌ في حقِّهما، وليس بحَكَمٍ في حقِّ غيرِهما، وأيُّ شُبْهَةٍ أعظمُ مِن هذا؟

قولُه: (قَالُوا: وَتَخْصِيصُ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ يَدُلُّ عَلَىٰ جَوَازِ التَّحْكِيمِ فِي سَائِرِ الْمُجْتَهَدَاتِ، وَهُوَ صَحِيحٌ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُفْتَىٰ بِهِ)، أي: قال مشايخُنا المتأخِّرون: تخصيصُ القُدُورِيِّ الحدودَ والقِصَاصَ في قولِه: «ولا يَجُوزُ التحكيمُ في الحدودِ والقِصَاصِ»[1]، يَدُلُّ على جوازِ التحكيمِ في سائرِ المجتَهداتِ؛ كالحكمِ في الكناياتِ بأنها رواجعُ، وفَسْخِ اليَمِينِ المضافةِ، وغيرِ ذلك.

وهذا الذي قالوا من جوازِ حُكمِ الحَكَمِ في سائرِ المُجْتَهَداتِ صحيحٌ، إلا أنه لا يُفْتَىٰ به؛ كَيْلَا لا يَتَجَاسَرَ الناسُ علىٰ ذلك.

قال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «حُكْمُ الحاكمِ المُحَكَّمِ يَنْفُذُ في الطلاقِ المضافِ، لكن لا يُفْتَىٰ به».

ثم قال فيها: «وحُكِيَ عن شمسِ الأئمّةِ الحَلْوَانِيِّ أنه قال: مسألةُ الحاكمِ المُحَكَّمِ تُعْلَمُ ولا يُفْتَىٰ به، وكان يَقُولُ: ظاهرُ المذهبِ أنه يَجُوزُ إلا أن القاضيَ الإمامَ الأُستاذَ أبا عَلِيٍّ النَّسَفِيَّ كان يَقُولُ: نَكْتُمُ هذا الفصلَ [٥/٣٣٦م] ولا نُفْتِي به، كَيْلَا يَتطرَّقَ الجُهَّالُ إلىٰ ذلك، فيُؤَدِّيَ إلىٰ هَدْمِ مذهبِنا، فأمَّا المذهبُ: فهو الأوَّلُ.

ورُوِيَ عن أصحابِنا ﷺ ما هو أوسعُ مِن هذا: وهو أن صاحبَ الحادثةِ [إذا][2]

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص». وهو الموافق لِمَا وقع في:=

وَإِنْ حَكَّمَاهُ فِي دَمِ خَطَإٍ، فَقَضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِمْ إِذْ لَا تَحْكِيمَ مِنْ جِهَتِهِمْ. وَلَوْ حَكَمَ عَلَى الْقَاتِلِ بِالدِّيَةِ فِي مَالِهِ رَدَّهُ الْقَاضِي وَيَقْضِي بِالدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لِأَنَّهُ مُخَالِفٌ لِرَأْيِهِ وَمُخَالِفٌ لِلنَّصِّ أَيْضًا إِلَّا إِذَا ثَبَتَ الْقَتْلُ بِإِقْرَارِهِ لِأَنَّ الْعَاقِلَةَ لَا تَعْقِلُهُ.

غاية البيان

استَفْتَىٰ فقيهًا عدلًا مِن أهلِ الفتوىٰ، فأفتىٰ ببطلانِ اليَمينِ؛ وَسِعَه اتِّباعُ فتواه، وإمساكُ المرأةِ المحلوفِ بطلاقِها.

ورُوِيَ عنهم ما هو أوسَعُ مِن هذا أيضًا: وهو أنه إذا اسْتَفْتَىٰ أوَّلًا فقيهًا، فأفتاه بِبُطْلانِ اليَمينِ، وَسِعَه إمساكُ المرأةِ، فإنْ تزَوَّج امرأةً أُخرىٰ؛ - كأنْ حلفَ بطلاقِ كلِّ امرأةٍ يَتَزَوَّجُها - فاستفتَىٰ فقيهًا آخرَ، فأفتاه بصحَّةِ اليَمينِ، فإنه يُفارِقُ الأُخرَىٰ، ويُمْسِكُ الأُولىٰ؛ عمَلًا بفَتْوَاهُما»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

قولُه: (وَإِنْ حَكَّمَاهُ فِي دَمِ خَطَإٍ، فَقَضَىٰ بِالدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ؛ لَمْ يَنْفُذْ حُكْمُهُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وذلك: لأن حُكْمَ الحكَمِ لا يَنْفُذُ في حقِّ غيرِ المُحَكِّمِين، فلا يَنْفُذُ إذَنْ في حقِّ العَاقِلةِ؛ لأنهم ما رضُوا بحُكْمِه، ولو حكَم بالديةِ علىٰ القاتلِ في مالِه لا يَجُوزُ؛ لأنه مخالِفٌ للشَّرْعِ، قال النبيُّ ﷺ في حديثِ حَمَلِ بنِ مالكٍ: «قُومُوا فَدُوهُ»[3]. وسيجِيءُ ذلك في «كتابِ المعاقِلِ»، بل يَقْضِي

= «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق ٢١٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ٢١٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٦].

(٣) قال ابنُ أبي العز: «هذا اللفظ غير معروف في حديث حَمَلِ بن مالك».

قلنا: يشير به إلىٰ ما أخرجه: البخاري في كتاب الطب/ باب الكهانة [رقم/ ٥٤٢٦]، ومسلم في كتاب القسامة والمحاربين والقصاص والديات/ باب دية الجنين ووجوب الدية في قتل الخطأ وشبه العمد علىٰ عاقلة الجاني [رقم/ ١٦٨١]، من حديث أبي هُرَيْرَةَ، قَالَ: «اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ، =

وَيَجُوزُ أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ، وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ وَكَذَا بِالْإِقْرَارِ) لِأَنَّهُ حُكْمٌ مُوَافِقٌ لِلشَّرْعِ، وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ، أَوْ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَىٰ تَحْكِيمِهِمَا؛ يُقْبَلُ قَوْلُهُ؛ لِأَنَّ الْوِلَايَةَ قَائِمَةٌ وإن أَخْبَرَ بِالْحُكْمِ لَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانقِضَاءِ الْوِلَايَةِ[1].

﴿ غاية البيان ﴾

القاضي بالديةِ على العَاقِلَةِ، إلا إذا ثبتَ القتلُ بإقرارِ القاتلِ؛ فحينئذٍ يَجُوزُ الحُكْمُ بالديةِ في مالِ القاتلِ؛ لأن العَاقِلةَ لا تَعْقِلُ صُلْحًا، ولا عَمْدًا، ولا اعترافًا.

قولُه: (وَيَجُوزُ [٢/٢٣٩و] أَنْ يَسْمَعَ الْبَيِّنَةَ، وَيَقْضِيَ بِالنُّكُولِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

قال صاحبُ «الهداية»: (وَكَذَا بِالْإِقْرَارِ)، وذلك لأنهما سَلَّطَاهُ على الحُكْمِ عليهما بتراضيهما، وليس الحُكْمُ إلا سماعَ البَيِّنَةِ، أو القضاءَ بالنُّكُولِ، أو الإقرارَ، فجاز؛ لكونِه موافقًا للشَّرْعِ.

قولُه: (وَلَوْ أَخْبَرَ بِإِقْرَارِ أَحَدِ الْخَصْمَيْنِ، أَوْ بِعَدَالَةِ الشُّهُودِ وَهُمَا عَلَىٰ تَحْكِيمِهِمَا؛ يُقْبَلُ قَوْلُهُ)، أي: قولُ المُحَكَّمِ، ذكَره تفريعًا على ما تقدَّم.

يعني: إذا قال الحاكمُ لأحدِ المُحَكِّمِين: قد أقررتَ عندي بكذا، أوْ قال: قامَتِ البَيِّنَةُ عليك وألزمتُك بالحُكْمِ، وأنكَر المقْضِيُّ عليه أنْ يكُونَ أقرَّ؛ فالحُكْمُ

= فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ بِحَجَرٍ، فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا، فَاخْتَصَمُوا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَضَىٰ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا غُرَّةٌ، عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ، وَقَضَىٰ بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَىٰ عَاقِلَتِهَا، وَوَرَّثَهَا وَلَدَهَا وَمَنْ مَعَهُمْ، فَقَالَ حَمَلُ بْنُ النَّابِغَةِ الْهُذَلِيُّ: يَا رَسُولَ اللهِ، كَيْفَ أَغْرَمُ مَنْ لَا شَرِبَ وَلَا أَكَلَ، وَلَا نَطَقَ وَلَا اسْتَهَلَّ، فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «إِنَّمَا هَذَا مِنْ إِخْوَانِ الْكُهَّانِ». مِنْ أَجْلِ سَجْعِهِ الَّذِي سَجَعَ».

(١) زاد بعده في (ط): «كقول المولى بعد العزل».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٦].

وَحُكْمُ الْحَاكِمِ لِأَبَوَيْهِ وَوَلَدِهِ وَزَوْجَتِهِ بَاطِلٌ وَالْمُوَلَّى وَالْمُحَكَّمُ فِيهِ سَوَاءٌ) وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِهَؤُلَاءِ لِمَكَانِ التُّهْمَةِ فَكَذَلِكَ لَا يَصِحُّ الْقَضَاءُ لَهُمْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا حَكَمَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِمْ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ فَكذلك الْقَضَاءُ، وَلَوْ حَكَّمَا رَجُلَيْنِ؛ لَا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا؛ لِأَنَّهُ أَمْرٌ يُحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

ماضٍ عليه؛ لأن له أنْ يَبْتَدِئَ فيَحْكُمَ ما دام في المجلسِ، والمجلسُ باقٍ، فإذا قال: حكَمْتُ؛ صُدِّقَ، وإنْ قال الحَكَمُ: كنتُ حكَمْتُ بكذا، لَمْ يُصَدَّقْ؛ لأنه إذا [٥/٣٣٦ظ/م] حكَم صار معزولًا، ولا يُقْبَلُ قولُ المعزولِ: إني حكَمْتُ بكذا عليه، ولأنه لَمَّا قام مِن مجلسِه صار معزولًا، فصار كالقاضي بعدَ العَزْلِ إذا قال: قضيْتُ بكذا، لا يُصَدَّقُ، كذا هذا.

قولُه: (وَحُكْمُ الْحَاكِمِ لِأَبَوَيْهِ وَزَوْجَتِهِ وَوَلَدِهِ بَاطِلٌ)، وذلك لأن أهليةَ الشهادةِ شرْطٌ في القضاءِ، فكلُّ مَن لا يَصْلُحُ شاهدًا؛ لا يَصْلُحُ قاضيًا، والشهادةُ لهؤلاء لا تَجُوزُ، فكذا لا يَجُوزُ الحُكْمُ لهم، والقاضي والحَكَمُ فيه سواءٌ، بخلافِ الحُكْمِ عليهم، فإن ذلك جائزٌ كالشهادةِ عليهم؛ لأن في الشهادةِ لهم تُهمةً، بخلافِ الشهادةِ عليهم.

قولُه: (وَلَوْ حَكَّمَا رَجُلَيْنِ؛ لَا بُدَّ مِنِ اجْتِمَاعِهِمَا)، ذكرَها تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، وهي مذكورةٌ في كتابِ «أدب القاضي»[1].

قال النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «وإذا حَكَّما رَجُلَيْنِ، فرأى أحدُهما شيئًا، ورأى الآخرُ خلافَه؛ لَمْ يَجُزْ لهما أنْ يَحْكُما حتَّى يَجْتَمِعا على شيءٍ؛ لِمَا أنهما رَضِيَا برأيِهما.

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/٦٨].

....

ولو شهدَ عندَ الحَكَمَيْنِ شاهدان، ثم مات الشاهدانِ، أوْ غابا، فسأل المُدَّعِي الحَكَمَيْنِ: أنْ يَشْهَدَا له على شهادةِ شاهديْنِ؛ لَمْ يَجُزْ مِن قِبَلِ أن الشاهدَيْنِ لم يُشْهِداهما على شهادَتِهما؛ لأن الشهادةَ على الشهادةِ تحمُّلٌ، فَمَنْ لَمْ يَتَحَمَّلْه؛ لَمْ يَجُزْ له أنْ يَشْهَدَ على شهادَتِه».

والله تَعالى أعلمُ.

مَسَائِلُ شَتَّى مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ

قَالَ: وَإِذَا كَانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ، وَسُفْلٌ لِآخَرَ؛ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِدًا، وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كَوَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ مَعْنَاهُ بِغَيْرِ رِضَا صَاحِبِ الْعُلْوِ

غاية البيان

مَسَائِلُ شَتَّى مِنْ كِتَابِ الْقَضَاءِ

قد جرَتْ عادةُ المصنِّفِينَ: أنْ يَذْكُرُوا ما شَذَّ مِن المسائلِ في آخرِ الكتابِ؛ استدراكًا للفائتِ، ويُتَرْجِمُوه بقولِهم: مسائلُ متفرِّقةٌ، أوْ بقولِهم: مسائلُ شتَّىٰ، أوْ بقولِهم: مسائلُ منثورةٌ، وكان القياسُ علىٰ هذا: أنْ يَذْكُرَ صاحبُ «الهداية» ﵀ مسائلَ هذا الفصلِ في آخرِ كتابِ «أدب القاضي».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ عُلْوٌ لِرَجُلٍ، وَسُفْلٌ لِآخَرَ؛ فَلَيْسَ لِصَاحِبِ السُّفْلِ أَنْ يَتِدَ فِيهِ وَتِدًا، وَلَا يَنْقُبَ فِيهِ كَوَّةً عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀)، وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵃: في عُلْوٍ لرجلٍ، وسُفْلُه لآخَرَ، قال: ليس لصاحبِ السُّفْلِ أنْ يَتِدَ فيه وَتِدًا، ولا يَنْقُبَ فيه كَوَّةً.

وقال أبو يوسفَ ومحمد ﵄: له أنْ يصنَعَ فيه ما لا يَضُرُّ بالعُلْوِ»(١). إلىٰ هنا لفظُ محمَّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

يُرِيدُ به: في الجدارِ والسَّقْفِ. كذا قال الإمامُ العَتَّابِيُّ.

وقال في كتابِ «الدعوىٰ» في قِسْمِ «المبسوط» مِن «الشامل»: «صاحبُ السُّفْلِ أراد هَدْمَ سُفْلِه، أوْ فتحَ كَوَّةٍ، أوْ إدخالَ جِذْعٍ فيه؛ لم يَكُنْ له ذلك إلا برضا صاحبِ العُلْوِ، وكذلك ليس لصاحبِ العُلْوِ أنْ يَضَعَ علىٰ عُلْوه جِذْعًا، ويُشْرِعَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٤].

(وَقَالَا: يَصْنَعُ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعُلْوِ) وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أَرَادَ صَاحِبُ الْعُلْوِ أَنْ يَبْنِيَ عَلَى عُلْوِهِ.

غاية البيان

كنيفًا؛ لم يَكُنْ له ذلك.

وعندَهما: ليس له ذلك [د/٣٣٧و/م] كلُّه إذا لَمْ يُضِرَّ بالآخَرِ». إلى هنا لَفْظُ «الشامل».

قال بعضُ مشايخنا [٢/٢٣٩ظ] في «شروح الجامع الصغير»: ما حُكِيَ عنهما: تفسيرُ قولِ أبي حنيفةَ ﷺ: إن أبا حنيفةَ إنما أراد بالمنع: ما فيه ضررٌ ظاهرٌ، فيكُونُ فصلًا مُجْمَعًا عليه؛ لأن التصرُّفَ حصَلَ في مِلْكِه، فيكُونُ المنعُ بعلَّةِ الضَّرَرِ.

وقال بعضُهم: بل عندَ أبي حنيفةَ الخطرُ أصْلٌ، والإطلاقُ بعارضِ لعدمِ الضَّرَرِ، ولا خلافَ فيما إذا لَمْ يُضِرَّ بصاحبِه، فإنَّ له أنْ يَصْنَعَ ما لا يُضِرُّ به بالاتِّفاقِ، وإنما الخلافُ في حالةِ الإشكالِ أنه يُضِرُّ به أمْ لا؟

فعندَ أبي حنيفةَ: ليس له ذلك إلا برضا صاحبِه.

وعندَهما: له ذلك؛ لأن التصرُّفَ حصَلَ في مِلْكِه، والأصلُ في المِلْكِ: هو الإطلاقُ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن تصرُّفَه حصَلَ في مِلْكٍ مشغولٍ بحقٍّ مُحْتَرمٍ، فصار المنعُ أصلًا، كالرَّاهنِ إذا باع المَرْهُونَ، ولهذا لا يَمْلِكُ صاحبُ السُّفْلِ أنْ يَهْدِمَ كلَّ الجدارِ أو السَّقْفِ، فكذا بعضُه؛ لأن نَقْبَ الكَوَّةِ لا يَخْلُو عن توهينِ الحائطِ في الحالِ، أوْ في الثاني[1].

قال فخرُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»: «وقولُ أبي حنيفةَ قياسٌ».

---

(١) في «غ»: «أوْ في المآلِ».

قِيلَ مَا حُكِيَ عَنْهُمَا تَفْسِيرٌ لِقَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَا خِلَافَ. وَقِيلَ الْأَصْلُ عِنْدَهُمَا الْإِبَاحَةُ لِأَنَّهُ تَصَرَّفَ فِي مِلْكِهِ وَالْمِلْكُ يَقْتَضِي الْإِطْلَاقَ وَالْحُرْمَةُ بِعَارِضِ الضَّرَرِ فَإِذَا أُشْكِلَ لَمْ يَجُزِ الْمَنْعُ وَالْأَصْلُ عِنْدَهُ الْحَظْرُ لِأَنَّهُ تَصَرُّفٌ فِي مَحَلٍّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ مُحْتَرَمٌ لِلْغَيْرِ كَحَقِّ الْمُرْتَهِنِ وَالْمُسْتَأْجِرِ وَالْإِطْلَاقُ بِعَارِضٍ فَإِذَا أُشْكِلَ لَا يَزُولُ الْمَنْعُ عَلَى أَنَّهُ لَا يُعَرَّى عَنْ نَوْعِ ضَرَرٍ بِالْعُلُوِّ مِنْ تَوْهِينِ بِنَاءٍ أَوْ نَقْضِهِ فَيُمْنَعُ عَنْهُ. [٤٥/د]

قال: وَإِذَا كَانَتْ زَائِغَةً مُسْتَطِيلَةً تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ، وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ، فَلَيْسَ لِأَهْلِ الزَّائِغَةِ الْأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِغَةِ الْقُصْوَى لِأَنَّ فَتْحَهُ

غاية البيان

الكَوَّةُ: بِفَتْحِ الكافِ. كذا في «الديوان»[1]. هي الرَّوْزَنُ[2].

يُقَالُ: وَتَدَ الوَتِدَ يَتِدُهُ؛ إذا ضربه، مِن باب ضَرَبه.

قولُه: (وَإِذَا كَانَتْ زَائِغَةً مُسْتَطِيلَةً تَنْشَعِبُ مِنْهَا زَائِغَةٌ مُسْتَطِيلَةٌ، وَهِيَ غَيْرُ نَافِذَةٍ، فَلَيْسَ لِأَهْلِ الزَّائِغَةِ الْأُولَى أَنْ يَفْتَحُوا بَابًا فِي الزَّائِغَةِ الْقُصْوَى)، وهذه من خواصِّ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في زائغةٍ مُسْتَطِيلَةٍ، انشعبَتْ منها زائغةٌ مُسْتَطِيلَةٌ، وهي غيرُ نافذةٍ، هل للرَّجلِ مِن أهلِ الزائغةِ الأُولى ـ وله فيها دارٌ ـ أنْ يَفْتَحَ مِن حائِطِه في الزائغةِ القُصْوَى بابًا؟ قال: لا، وإنْ كانت زائغةً مستديرةً، وقد لَزِق طرَفاها؛ كان له أنْ يَفْتَحَ»[3]. إلى هنا لَفْظُ أصلِ «الجامع الصغير».

(١) ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارابي [١٠/٤].

(٢) الرَّوْزَنُ أو الرَّوْزَنَةُ: خَرْق في أعلى سَقْف البيتِ ينظر: المخصص لابن سيده ١/٥١٣.

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٤ ـ ٣٨٥].

لِلْمُرُورِ وَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْمُرُورِ إِذْ هُوَ لِأَهْلِهَا خُصُوصًا حَتَّى لَا يَكُونَ لِأَهْلِ الْأُولَى فِيمَا بِيعَ فِيهَا حَقُّ الشُّفْعَةِ، بِخِلَافِ النَّافِذَةِ لِأَنَّ الْمُرُورَ فِيهَا حَقُّ الْعَامَّةِ. قِيلَ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ لَا مِنْ فَتْحِ الْبَابِ لِأَنَّهُ رَفْعُ بَعْضِ جِدَارِهِ.

غاية البيان

بيانُه: ما قال الفقيهُ أبو الليثِ: «إذا كانت سِكَّةٌ غيرَ نافذةٍ، وفيها سِكَّةٌ أخرى عن يمينِها، أوْ عن شمالِها، ولرجُلٍ في السِّكَّةِ دارٌ بابُها إلى السِّكَّةِ العُظْمى، وبعضُ حوائِطِها إلى السِّكَّةِ الأُخرى التي في هذه السِّكَّةِ، فأراد أنْ يَفتحَ بابًا في تلك السِّكَّةِ؛ ليس له ذلك؛ لأن تلك السِّكَّةَ خاصَّةٌ لأهلِها.

ألا تَرَى [أنه][1] لو بِيعَتْ دارٌ في تلك السِّكَّةِ، فالشفعةُ لهم خاصَّةٌ دونَ أهلِ السِّكَّةِ العظيمةِ، [فثَبَتَ أن الشُّفْعَةَ[2] لهم خاصَّةٌ][3]، فإنْ أراد إنسانٌ مِن أهلِ تلك السِّكَّةِ أنْ يَفتَحَ بابَه إلى السِّكَّةِ العظْمى؛ له ذلك؛ لأن السِّكَّةَ لهم جميعًا.

وإنْ كان زائغةً مستديرةً ـ يعني: سِكَّةً فيها اعوجاجٌ حتَّى يَبْلُغَ عِوَجُها رأسَ السِّكَّةِ ـ: فلكلِّ واحدٍ منهم أنْ يَفْتَحَ بابَه [٥/٣٣٧ظ/م] في تلك السِّكَّةِ في أيِّ موضعٍ شاء؛ لأنها سِكَّةٌ واحدةٌ مِن أوَّلِها إلى آخِرِها، وهي بينَهم بالشركةِ، ألا تَرَى أنَّ وجوبَ الشُّفْعَةِ لهم جميعًا».

وقال شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ في «محيطه» في كتابِ «الشُّفْعَةِ»: «سِكَّةٌ غيرُ نافذةٍ بِيعَتْ فيها دارٌ، فأهلُها شُفَعاءُ؛ لأنهم شركاءُ في حُقُوقِ المَبيعِ، فإنْ كان فيها عطفٌ، إنْ كان مُرَبَّعًا فأصحابُ العَطْفِ أَوْلَى بما بِيعَ في عَطْفِهم؛ لأنه بسببِ التربيعِ يَصِيرُ العطفُ المُرَبَّعُ كالمنفَصِلِ عن السِّكَّةِ؛ لأن هيئاتِ الدُّورِ في العَطْفِ المُرَبَّعِ يُخَالِفُ هيئاتِ الدُّورِ في السِّكَّةِ المستديرةِ، فصار العطفُ المُرَبَّعُ بمنزلةِ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».
(٢) أشار في حاشية: «ن»، و«تح»، إلى أنه وقع في بعض النُّسَخ: «أن السِّكَّة»، بدل: «أن الشُّفعة».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ص».

وَالْأَصَحُ أَنَّ الْمَنْعَ مِنَ الْفَتْحِ لِأَنَّ بَعْدَ الْفَتْحِ لَا يُمْكِنُهُ الْمَنْعُ مِنَ الْمُرُورِ فِي كُلِّ سَاعَةٍ، وَلِأَنَّهُ عَسَاهُ يَدَّعِي الْحَقَّ فِي الْقُصْوَىٰ بِتَرْكِيبِ الْبَابِ.

غاية البيان

سِكَّةٍ أُخرَىٰ، فصار كسِكَّةٍ في سِكَّةٍ.

ولهذا يُمكِنُهم نَصبُ الدَّرْبِ[1] في أعلاهم، وهم وأهلُ السِّكَّةِ فيما بِيعَ في السِّكَّةِ سواءٌ، كما لو بِيعَتْ دارٌ في السِّكَّةِ العُظمَىٰ، فهم وأهلُ السِّكَّةِ الصغرىٰ فيها سواءٌ.

وإنْ كان العطفُ مُدَوَّرًا: فالكلُّ سواءٌ؛ لأن العطفَ المُدَوَّرَ اعوجاجٌ في بعضِ السِّكَّةِ، وبذلك لا يَصِيرُ بمنزلةِ سِكَّتَيْنِ؛ لأن هيئاتِ [٢/٢٤٠م] الدُّورِ فيها لا تتغيَّرُ بسببِ الاعوجاجِ، فكانت سِكَّةً واحدةً». إلىٰ هنا لَفْظُ شمسِ الأئمَّةِ الحَلْوَانيِّ ﵀.

وإنما قَيَّدَ بقولِه: وهي غيرُ نافذةٍ؛ لأنها إذا كانت نافذةً: فهي لعامَّةِ المسلمين، فلا يُمْنَعُ مِن فَتحِ البابِ إليها، ولكنَّ هذا فيما إذا أراد بفَتْحِ البابِ: المُرُورَ؛ فإنه يُمْنَعُ استحسانًا، وإذا أراد به الاستضاءةَ أوِ الرِّيحَ دونَ المُرُورِ؛ لم يُمْنَعْ مِن ذلك. كذا نقَلَ فخرُ الإسلامِ عن الفقيهِ أبي جعفرٍ ﵀.

وقال فخرُ الدينِ قاضي خان: «ومِن المشايخِ مَن قال: لا يُمْنَعُ مِن فتحِ البابِ في الفصلِ الأوَّلِ؛ لأنَّ فتحَ البابِ ليس إلا نقضَ بعضِ الحائطِ، فلو نقَضَ الكلَّ؛ لا يُمنَعُ، فكذا إذا نقضَ البعضَ، ولكن يُمْنَعُ مِن المُرُورِ؛ لأنه ليس له حقُّ المُرُورِ».

ثم قال: «والأصحُّ أنه يُمْنَعُ مِن فتحِ البابِ؛ لأنه نصَّ في الكتابِ، وقال: ليس له أنْ يَفْتَحَ بابًا، وهذا لأنه متىٰ فتح البابَ؛ فقدِ اتَّخذ لنفسِه طريقًا؛ لأنه لا يُمْكِنُهم مَنْعُه في كلِّ ساعةٍ وزمانٍ، حتىٰ لو فتح بابًا للاستضاءةِ والرِّيحِ ونحوِه؛ لا يُمْنَعُ».

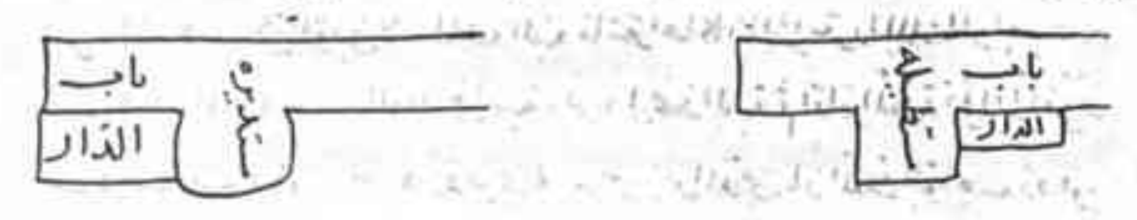
(١) وقع بالأصل: «نَصْبُ الدورِ». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ص». وفي «م»: «نَصْبُ الدُّرُوبِ». وجاء في حاشية «ن»: «الدَّرْبُ: باب السِّكَّة الواسع».

قال (وَإِنْ كَانَتْ مُسْتَدِيرَةً قَدْ لَزِقَ طَرَفَاهَا فَلَهُمْ أَنْ يَفْتَحُوا) بَابًا لِأَنَّ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ حَقَّ الْمُرُورِ فِي كُلِّهَا إِذْ هِيَ سَاحَةٌ مُشْتَرَكَةٌ وَلِهَذَا يَشْتَرِكُونَ فِي الشُّفْعَةِ إِذَا بِيعَتْ دَارٌ مِنْهَا.

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ فِي دَارٍ دَعْوَىٰ، وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِيهِ، ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا؛ فَهُوَ جَائِزٌ وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَىٰ الْإِنْكَارِ) وَسَنَذْكُرُهَا فِي الصُّلْحِ

﴿ غاية البيان ﴾

ثم صُورتَا الزائغتَيْنِ كانتا مكتوبتَيْنِ علىٰ حاشيةِ كتابِ الإمامِ حافظِ الدينِ البُخَارِيِّ رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى، بهذه الصورةِ بخطٍّ يدِه بهذه الصورةِ[1]:



والزائغةُ: المحلَّةُ، سُمِّيتْ بها، لميْلِها مِن طرَفٍ إلىٰ طرَفٍ، مِن: زاغتِ الشمسُ؛ إذا [٥/٣٣٨و/م] مالَتْ.

[و][2] في «تهذيب ديوان الأدب»: «الزائغةُ: الطريقُ الذي حادَ عن الطريقِ الأعظمِ».

والمُسْتَطِيلَةُ: الطويلةُ، مِن: اسْتَطَال، بمعنَىٰ: طال. ويُقَالُ: شيءٌ مستطيلٌ، أي: طويلٌ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ فِي دَارٍ دَعْوَىٰ، وَأَنْكَرَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدِيهِ، ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهَا؛ فَهُوَ جَائِزٌ). وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير»[3].

قال صاحبُ «الهداية»: (وَهِيَ مَسْأَلَةُ الصُّلْحِ عَلَىٰ الْإِنْكَارِ، [وَسَنَذْكُرُهَا فِي

---

(١) وهذه صورة الأصل لهذا الرسم.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«نح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٥].

إنْ شَاءَ اللهُ، وَالْمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَىٰ مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ فَلَا تُفْضِي إِلَىٰ الْمُنَازَعَةِ عَلَىٰ مَا عرف.

الصُّلحِ إنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ).

يعني: أن الصُّلْحَ على الإنكارِ[(١)] جائزٌ عندنا خلافًا لِلشَّافعيِّ ﷺ[(٢)]، حتى يَثْبُتَ المِلْكُ للمُدَّعِي في بدلِ الصُّلْحِ عندنا، وينْقَطِعُ حقُّ الاسْتِرْدَادِ للمُدَّعَىٰ عليه، ويَبْطُلُ حقُّ الدعوَىٰ في أصلِ المُدَّعَىٰ.

وقال بعضُهم في «شرحه»: «يُرِيدُ به: إذا كان المُدَّعَىٰ به مقدارًا معلومًا، كالثلُثِ ونحوِه، حتَّىٰ تَكُونَ الدعوىٰ صحيحةً».

ولنا فيه نَظَرٌ؛ لأن صحَّةَ الدعوَىٰ ليست بشَرْطٍ لصحَّةِ الصُّلْحِ، وقد مَرَّ بيانُه في آخرِ بابِ الِاسْتِحْقَاقِ.

ويَرُدُّ كلامَ هذا القائلِ: كلامُ صاحبِ «الهداية» أيضًا، حيثُ قال: **(وَالْمُدَّعِي وَإِنْ كَانَ مَجْهُولًا فَالصُّلْحُ عَلَىٰ مَعْلُومٍ عَنْ مَجْهُولٍ جَائِزٌ عِنْدَنَا؛ لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ فِي السَّاقِطِ، فَلَا تُفْضِي إِلَىٰ الْمُنَازَعَةِ).**

والأصلُ فيه: أن ما يَجِبُ تسليمُه، يُشْتَرطُ العِلْمُ به؛ لأن الجَهَالَةَ تُفْضِي إلى مُنَازَعَةٍ مانعةٍ مِن التَّسْلِيمِ والتسَلُّمِ، وما لا يَجِبُ تسليمُه لا تضُرُّ الجَهَالَةُ فيه.

وَجهُ قولِه: أنه أخذه على سبيلِ الرِّشْوَةِ، فلا يَجُوزُ.

ولنا: إطلاقُ قولِه تعالىٰ: ﴿وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨].

وَلَا يُقَالُ: الآيةُ نزلتْ في الزوجيْنِ، فلا يَكُونُ حجَّةً. **يَعْنِي**: أن الصُّلْحَ خيرٌ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [٦/٣٦٩]، «الوسيط في المذهب» لأبي حامد الغزالي [٤/٥١]، «روضة الطالبين» للنووي [٤/١٩٨].

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتٍ، فَسُئِلَ الْبَيِّنَةَ، فَقَالَ: جَحَدَنِي الْهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الْهِبَةَ؛ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ لِظُهُورِ التَّنَاقُضِ إِذْ هُوَ يَدَّعِي الشِّرَاءَ بَعْدَ الْهِبَةِ وَهُمْ

مِن الفرْقةِ؛ لأن العبرةَ لعمومِ اللفظِ، لا لخصوصِ السَّبَبِ، وقد عُرِفَ ذلك في الأصولِ، وذلك لأن أكثرَ الآياتِ والأخبارِ وردَتْ في حوادثَ خاصَّةٍ، ومعَ هذا كان حُكْمُها عامًّا، وقد رُوِيَ عن عُمرَ ﷺ: أنه كَتَبَ إلىٰ أبي مُوسَىٰ الأشعريِّ: «وَالصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمَيْنِ إِلَّا صُلْحًا أَحَلَّ حَرَامًا، أَوْ حَرَّمَ حَلَالًا»[1].

قال مشايخُنا: معناه: أحلَّ حرامًا لا يُسْتباحُ بالعَقْدِ، كما لو صالَح مِن مالٍ علىٰ خَمْرٍ أو خِنْزِيرٍ، أوْ حرَّم حلالًا لا يَحْرُمُ بالعَقْدِ، كما لو صالحتِ امرأةٌ زوْجَها علىٰ مالٍ علىٰ ألَّا يَبِيتَ عندَ ضَرَّتِها.

وقولُ عمرَ: «والصُّلْحُ جَائِزٌ بينَ المسلمين». عامٌّ [٢/٢٤٠ط] يتناولُ الإقْرارَ والإنكارَ جميعًا [٥/٣٣٨ط/م]، فيَكونُ حُجَّةً علىٰ الخَصْمِ، ولأنه لو لَمْ يَجُزِ الصُّلْحُ علىٰ الإنكارِ؛ أَدَّىٰ ذلك إلىٰ إبطالِ الصُّلْحِ كلِّه فيما بينَ الناسِ؛ لأنَّ الصُّلْحَ في الغالبِ إنما يَجْرِي بينَ الناسِ في الإنكارِ؛ لأنه لو كان مُقِرًّا؛ لأخَذَ حقَّه، فلا يَحْتَاجُ إلىٰ الصُّلْحِ، والباقي سوفَ يجِيءُ بيانُه في كتابِ «**الصُّلْح**» إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ دَارًا فِي يَدِ رَجُلٍ أَنَّهُ وَهَبَهَا لَهُ فِي وَقْتٍ، فَسُئِلَ الْبَيِّنَةَ، فَقَالَ: جَحَدَنِي الْهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا، وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَىٰ الشِّرَاءِ قَبْلَ الْوَقْتِ الَّذِي يَدَّعِي فِيهِ الْهِبَةَ؛ لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ: في رَجُلٍ ادَّعَىٰ دارًا في

(١) هذا جزء مِن خبر أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/٢٠٦]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠/١٥٠]، موقوفًا علىٰ عُمَر ﷺ.

يَشْهَدُونَ بِهِ قَبْلَهَا، وَلَوْ شَهِدُوا بِهِ بَعْدَهَا تُقْبَلُ لِوُضُوحِ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ كَانَ ادَّعَى الْهِبَةَ ثُمَّ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ قَبْلَهَا وَلَمْ يَقُلْ جَحَدَنِي الْهِبَةَ فَاشْتَرَيْتُهَا لَمْ تُقْبَلْ أَيْضًا ذَكَرَهُ فِي بَعْضِ النُّسَخِ لِأَنَّ دَعْوَى الْهِبَةِ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْمِلْكِ لِلْوَاهِبِ عِنْدَهَا، وَدَعْوَى الشِّرَاءِ رُجُوعٌ عَنْهُ فَعُدَّ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَى الشِّرَاءَ بَعْدَ الْهِبَةِ؛ لِأَنَّهُ تَقَرَّرَ مِلْكُهُ عِنْدَهَا.

غاية البيان

يدِ رَجُلٍ أنه وهبَها له، وسَلَّمَها له في وَقْتٍ، ثم جاء بِالبَيِّنَةِ على الشِّرَاءِ في وَقْتٍ قَبْلَهُ؛ لَمْ تُقْبَلِ البَيِّنَةُ»[1].

وذلك لأنه متناقضٌ؛ لأنه لَمَّا قال: جحَدَني الهِبَةَ، فاشتريتُها؛ ادَّعَى الشِّرَاءَ بعدَ الهِبَةِ، فإذا أقام البَيِّنَةَ على الشِّرَاءِ سابقًا على الهِبةِ؛ كان متناقِضًا لا محالةَ، فلا تُقْبَلُ البَيِّنَةُ.

بخلافِ ما إذا قال: جحَدَني الهِبَةَ، فاشتريتُها منه، ثم أقام البَيِّنَةَ على الشِّرَاءِ لاحقًا؛ قُبِلَتِ البَيِّنَةُ؛ لأنه ليس بتناقضٍ؛ لأنه أمْكَنَ التوفيقُ؛ لأنه لَمَّا جحَد الهِبةَ فاشتراها؛ كان الشِّراءُ مُقَرِّرًا لملْكِ الواهبِ عندَ الهِبةِ، فلَمْ يَكُنْ مُتناقضًا.

بخلافِ ما إذا ادَّعَى الهِبةَ ولَمْ يَقُلْ: جحَد[2] الهِبةَ، ثم أقام البَيِّنَةَ على الشِّرَاءِ قبْلَ الهِبَةِ، حيثُ لا تُقبَلُ بيِّنَتُهُ؛ لمكان التناقُضِ؛ لأن دَعْوَى الهِبةِ إقْرَارٌ مِن المُدَّعِي بأن المِلْكَ للواهبِ، ودعوى الشِّراءِ قبْلَ الهِبةِ رجوعٌ مِن الإقْرَارِ بِالمِلْكِ للواهبِ، فكان متناقضًا.

قولُه: (مِلْكُهُ)، أي: مِلْكُ الواهبِ.

قولُه: (عِنْدَهَا[3])، أي: عندَ الهِبةِ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٥].

(٢) في: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ض»: «يقل جحَدَني».

(٣) وقع بالأصل: «عِنْدَه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: اشْتَرَيْتَ مِنِّي هَذِهِ الْجَارِيَةَ، فَأَنْكَرَ، إِنْ أَجْمَعَ الْبَائِعُ عَلَىٰ تَرْكِ الْخُصُومَةِ؛ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا؛ لِأَنَّ الْمُشْتَرِيَ لَمَّا جَحَدَهُ كَانَ فَسْخًا مِنْ جِهَتِهِ، إِذْ الْفَسْخُ يَثْبُتُ بِهِ كَمَا إِذَا تَجَاحَدَا فَإِذَا عَزَمَ الْبَائِعُ عَلَىٰ تَرْكِ الْخُصُومَةِ تَمَّ الْفَسْخِ، وَبِمُجَرَّدِ الْعَزْمِ إِنْ كَانَ لَا يَثْبُتُ الْفَسْخُ فَقَدْ اقْتَرَنَ بِالْفِعْلِ وَهُوَ إِمْسَاكُ

غاية البيان

قولُه: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: اشْتَرَيْتَ مِنِّي هَذِهِ الْجَارِيَةَ، فَأَنْكَرَ، إِنْ أَجْمَعَ الْبَائِعُ عَلَىٰ تَرْكِ الْخُصُومَةِ؛ وَسِعَهُ أَنْ يَطَأَهَا)، وهذه مِن خواصِّ «الجامع الصغير»[(1)].

وقال بعضُهم: لا يَجُوزُ له أن يَطأَها. ويُقالُ: هو قولُ زُفَرَ. كذا قال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير».

وجهُ قولِه: أنه لَمَّا باعها، فهي على مِلْكِ المُشْتَرِي ما لَمْ يَبِعْها مِن البائعِ، أو يَتَقَايَلا.

ولنا: أن الإِقَالَةَ قد تَكُونُ بلفظِ الإِقَالةِ، وبلفظِ الرَّدِّ، وبجحودِهما؛ بأنْ تجاحَدَا البَيْعَ، ثم إذا جحَد المُشْتَرِي البَيْعَ؛ حَصَلَ الفَسْخُ مِن جهَتِه، فإذا عزَم البَائعُ على [٥/٣٣٩ظ/م] ترْكِ الخُصُومةِ بعدَ ذلك، واقترَن عزْمُه بالفعلِ، وهو إمساكُ الجارِيةِ ونَقْلُها مِن مجلسِ الخُصُومةِ إلى منزلِه، واستخدامُها ونحوُ ذلك؛ كان ذلك منه دلالةَ الفَسْخِ، فتَمَّ الفَسْخُ بينَهما.

ألا تَرَىٰ إلىٰ ما قالوا في «شروح الجامع الصغير»: إذا قال لآخرَ: آجَرْتُكَ هذه الدَّارَ بكذا، أوْ بِعتُك هذا الثَّوْبَ بكذا، فأخذ الدَّارَ والثَّوْبَ فذهَب به؛ كان ذلك قبولًا منه، كذا هذا.

يُقالُ: أجمعْتُ علىٰ الأمرِ إجماعًا؛ إذا عزمْتَ عليه، وأجمعْتُ الشيءَ؛ إذا

(1) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٦].

الْجَارِيَةِ وَنَقْلُهَا وَمَا يُضَاهِيهِ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الثَّمَنِ مِنَ الْمُشْتَرِي فَاتَ رِضَا الْبَائِعِ فَيَسْتَبِدُّ بِفَسْخِهِ.

وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْ فُلَانٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، ثُمَّ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهَا زُيُوفٌ؛ صُدِّقَ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: اقْتَضَى، وَهُوَ عِبَارَةٌ عَنْ الْقَبْضِ أَيْضًا. وَوَجْهُهُ أَنَّ

أَلْقَتْه مِن مواضعَ شتَّى. كذا في «الجمهرة»[1]، والمرادُ فيما نحن فيه: هو الأوَّلُ.

قولُه: (وَنَقْلُهَا)، أي: نقْلُ الجارِيةِ مِن موضعِ الخُصُومةِ إلى بيتِه.

قولُه: (وَمَا يُضَاهِيهِ)، أراد به: الاستخدامَ.

قولُه: (وَمَنْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ مِنْ فُلَانٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ، ثُمَّ ادَّعَى بَعْدَ ذَلِكَ أَنَّهَا زُيُوفٌ؛ صُدِّقَ. وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: اقْتَضَى)، أي: ذكرَ في بعضِ نُسَخِ «الجامع الصغير»: (اقْتَضَى)[2]. مكانَ: (قَبَضَ)[3]. واقْتَضَى: لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير».

اعلم: أنه إذا قال: إنه اقتضى مِن فلانٍ كذا درهمًا، ثم ادَّعَى أنها زُيُوفٌ، أوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ صُدِّق؛ لأن الاقتضاءَ عبارةٌ عن القَبْضِ، فلو قال: قبضتُ منك عشرةَ دراهمَ، أوْ قال: أخذتُ، ثم ادَّعَى أنها زُيُوفٌ، أوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ صُدِّق، فكذا إذا قال: اقتضيتُ.

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٤٨٣].

(٢) هذا هو لفْظ النسخة التي شرَحَ عليها فخرُ الإسلام البزدويُّ: «الجامع الصغير» [ق ٢٨٨/أ/ مخطوط مكتبة أحمد الثالث ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٢٧)].

(٣) وهذا هو لفْظُ المطبوع مِن: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٦]. وهو الموافق لِمَا وقَع في جملة مِن النُّسَخ الخطِّية. منها: [ق ٤٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٩٨)]، و[ق ٥٦/أ/ مخطوط المكتبة المركزية لمخطوطات مسجد السيدة زينب ـ مصر/ (رقم الحفظ: ٣٦١)]، و[ق ٤٤/أ/ مخطوط مكتبة نور عثمانية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤٣٨)].

الزُّيُوفَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ إِلَّا أَنَّهَا مَعِيبَةٌ، وَلِهَذَا لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِي الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ [٤٠/د] جَازَ، وَالْقَبْضُ لَا يَخْتَصُّ بِالْجِيَادِ فَيُصَدَّقُ لِأَنَّهُ أَنْكَرَ قَبْضَ حَقِّهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ قَبَضَ الْجِيَادَ أَوْ حَقَّهُ أَوْ الثَّمَنَ أَوْ اسْتَوْفَى لِإِقْرَارِهِ بِقَبْضِ الْجِيَادِ صَرِيحًا أَوْ دَلَالَةً فَلَا يُصَدَّقُ وَالنَّبَهْرَجَةُ كَالزُّيُوفِ وَفِي السَّتُّوقَةِ لَا يُصَدَّقُ؛

غاية البيان

[٢٤١/٢و] وهذا لأن الزُّيُوفَ والنَّبَهْرَجَةُ مِن جنسِ الدراهمِ، بدليلِ أنه لو تَجَوَّزَ بها في الصَّرْفِ والسَّلَمِ؛ جازَ، والقبضُ يَرِدُ على الزُّيُوفِ كما يَرِدُ على الجِيادِ، فلا يكُونُ في دعوى الزُّيُوفِ متناقضًا، فتُسْمَعُ دعْوَاه، بخلافِ ما إذا ادَّعَى أنها سَتُّوقَةٌ، أوْ رصاصٌ، حيثُ لا يُقْبَلُ دعوَاه؛ لأنه متناقضٌ؛ لأنه قال: اقتضيتُ الدراهمَ.

ثم دعواه السَّتُّوقَةَ، أو الرصاصَ إنكارٌ منه لقَبْضِ الدراهمِ؛ لأنها ليس مِن جنسِ الدراهمِ، ولهذا لو تجوَّز بها في الصَّرْفِ والسَّلَمِ؛ لَمْ يَجُزْ، وهذا إذا لَمْ يَرِدْ على اقتضاءِ الدراهمِ أوْ قبْضِها شيئًا آخرَ.

أمَّا إذا زاد وقال: قبضتُ ما لي عليك، أو استوفيتُ ما لي عليك، أوْ قبضتُ حقِّي منك، أوْ قال: قبضتُ الجِيادَ، ثم ادَّعَى أنها زُيُوفٌ، أوْ نَبَهْرَجَةٌ؛ لا يُصَدَّقُ؛ لأنه لَمَّا أقرَّ بقَبْضِ الجِيادِ كان متناقضًا بعدَ ذلك في دعوى الزِّيافةِ، وكذا إذا أقرَّ باستيفاءِ ما له عليه، أوْ بقَبْضِ حقِّه منه؛ لأن حقَّه وما له عليه كان في الجِيادِ، ودعوَى الزِّيافةِ تناقضٌ، فلا تُسْمَعُ.

قال الفقيهُ أبو الليثِ: وكذلك إذا قال [د/٣٢٩ظ/م]: قبضتُ الأجْرَ، أوِ الثَّمَنَ؛ لا يُصَدَّقُ بعدَ ذلك أنها زُيُوفٌ؛ لأن الأجْرَ أو الثَّمَنَ كان جِيادًا.

قولُه: (صَرِيحًا)، كما لو أقرَّ بقَبْضِ الجِيادِ، (أَوْ دَلَالَةً)، كما إذا أقرَّ بقَبْضِ حقِّه، أوْ بقَبْضِ الثَّمنِ، أوْ أقرَّ باستيفاءِ حقِّه؛ لأن الإِقْرارَ بذلك إِقْرارٌ بالجِيادِ دلالةً؛ لأن حقَّه في الجِيادِ.

لِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْ جِنْسِ الدَّرَاهِمِ، حَتَّىٰ لَوْ تَجَوَّزَ بِهِ فِيمَا ذَكَرْنَا لَا يَجُوزُ.

وَالزَّيْفُ: مَا زَيَّفَهُ بَيْتُ الْمَالِ، وَالنَّبَهْرَجَةُ: مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَالسَّتُّوقُ: مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْغِشُّ.

وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَكَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: لَيْسَ لِي عَلَيْكَ شَيْءٌ، ثُمَّ قَالَ فِي مَكَانِهِ: بَلْ لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ؛ لِأَنَّ إِقْرَارَهُ هُوَ الْأَوَّلُ وَقَدِ ارْتَدَّ بِرَدِّ الْمُقَرِّ لَهُ، وَالثَّانِي دَعْوَىٰ فَلَا بُدَّ مِنَ الْحُجَّةِ أَوْ تَصْدِيقِ خَصْمِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لِغَيْرِهِ اشْتَرَيْتَ وَأَنْكَرَ الْآخَرُ لَهُ أَنْ يُصَدِّقَهُ، لِأَنَّ أَحَدَ الْمُتَعَاقِدَيْنِ لَا يَتَفَرَّدُ بِالْفَسْخِ كَمَا لَا يَتَفَرَّدُ بِالْعَقْدِ، وَالْمَعْنَىٰ أَنَّهُ حَقُّهُمَا فَبَقِيَ

غاية البيان

قولُه: (فِيمَا ذَكَرْنَا)، أي: في الصَّرْفِ والسَّلَمِ.

قولُه: (وَالزَّيْفُ: مَا زَيَّفَهُ بَيْتُ الْمَالِ)، أي: رَدَّه. (وَالنَّبَهْرَجَةُ: مَا يَرُدُّهُ التُّجَّارُ، وَالسَّتُّوقَةُ: مَا يَغْلِبُ عَلَيْهِ الْغِشُّ).

والسَّتُّوقُ ـ بالفتح ـ: أردأ مِن النَّبَهْرَجِ.

قال في «النوازل»: «قال أبو نصرٍ: الزُّيُوفُ: هي الدراهمُ المَغْشُوشَةُ، والنَّبَهْرَجَةُ: هي التي تُضْرَبُ في غيرِ دارِ السلطانِ، والسَّتُّوقَةُ: صُفْرٌ مُمَوَّهٌ بالفضةِ. وكانَ الفقيهُ أبو جعفرٍ يقولُ: الزُّيُوفُ: ما زيَّفه بيتُ المالِ، والنَّبَهْرَجَةُ: ما بهرجه التُّجَّارُ، والسَّتُّوقَةُ: فارسيةٌ مُعَرَّبةٌ»[1]. إلىٰ هنا لفظُ «النوازل».

قولُه: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: لَكَ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَقَالَ: لَيْسَ لِي عَلَيْكَ شَيْءٌ، ثُمَّ قَالَ فِي مَكَانِهِ: بَلْ لِي عَلَيْكَ أَلْفُ دِرْهَمٍ؛ فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ)، وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير»[2].

---

(١) ينظر: «النوازل» لأبي الليث السمرقندي [ق/ ١٨٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٦].

الْعَقْدُ فَعَمِلَ التَّصْدِيقُ، أَمَّا الْمُقَرُّ لَهُ يَنْفَرِدُ بِرَدِّ الْإِقْرَارِ فَافْتَرَقَا.

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا، فَقَالَ: مَا كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى أَلْفٍ، وَأَقَامَ هُوَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَضَاءِ؛ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ، وَكَذَلِكَ عَلَى الْإِبْرَاءِ.

غاية البيان

وذلك لأن الإِقْرَارَ يَنْفَرِدُ به المُقِرُّ، ويَنْفَرِدُ بردِّه المُقَرُّ له؛ لأنه حقُّه[1] على الخُلوصِ، فإذا كان كذلك؛ ارتدَّ بِالرَّدِّ، فإذا عاد إلى التصديقِ بعدَ ذلك؛ لا يَصِحُّ؛ لأنه عاد إليه بعدَ بُطلانِ الإِقْرارِ.

بخلافِ ما إذا أقرَّ بالبَيْعِ، فأنكره المُشْتَرِي، ثم صدَّقه في مكانِه؛ تَصِحُّ؛ لأن البَيْعَ لا يَنْفَسِخُ بجحودِ المُشْتَرِي وحْدَه، فإذا عاد إلى التصديقِ؛ عاد والبَيْعُ قائمٌ لَمْ يَنْفَسِخْ، فصحَّ، وهذا لأن المُقَرَّ به ـ وهو البَيْعُ ـ لا يَنْفَرِدُ به أحدُ العَاقِدَيْنِ، فإذا رَدَّه المُشْتَرِي؛ لَمْ يرتدَّ حتَّى يُسَاعِدَهُ الآخَرُ، ولَمْ تُوجَدِ المساعدةُ، فإذا عاد المُشْتَرِي إلى التصديقِ صحَّ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ مَالًا، فَقَالَ: مَا كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ، فَأَقَامَ الْمُدَّعِي الْبَيِّنَةَ عَلَى أَلْفٍ، وَأَقَامَ هُوَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَضَاءِ؛ قُبِلَتْ بَيِّنَتُهُ، وَكَذَلِكَ عَلَى الْإِبْرَاءِ)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**»[2]، يَعْنِي: كما تُقْبَلُ البَيِّنَةُ على القضاءِ؛ تُقْبَلُ أيضًا على الإبراءِ.

قال صاحبُ «الهداية»: (وَقَالَ زُفَرُ: لَا تُقْبَلُ).

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وفي قولِ ابنِ أبي ليلى: لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه؛ لأنه لَمَّا قال في الابتداءِ: ما كان لك عَلَيَّ شيءٌ قطُّ، ثم ادَّعى أنه

(١) وقع بالأصل: «لأنه حقه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٧].

وَقَالَ زُفَرُ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْقَضَاءَ يَتْلُو الْوُجُوبَ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَيَكُونُ مُنَاقِضًا.

وَلَنَا أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ غَيْرَ الْحَقِّ قَدْ يُقْضَى وَيُبْرَأُ مِنْهُ دَفْعًا لِلْخُصُومَةِ وَالشَّغَبِ؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ يُقَالُ قَضَى بِبَاطِلٍ وَقَدْ يُصَالَحُ عَلَى شَيْءٍ فَيَثْبُتُ ثُمَّ يُقْضَى، وَكَذَا إذَا قَالَ لَيْسَ لَك عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ لِأَنَّ التَّوْفِيقَ أَظْهَرُ.

غاية البيان

قضاه؛ صار متناقضًا في كلامِه [٥/٢٤٠و/م]، فتبطُل دعوَاه». وهذه المسألةُ على ثلاثةِ أوجهٍ:

أحدُها: هذه، فتُقبَلُ [٢/٢٤١ط] البيِّنَةُ فيها عندَنا، خلافًا لابنِ أبي ليلى وزُفرَ؛ لإمكانِ التوفيقِ؛ لأن المُدَّعَى عليه ربما يَقْضِي دفعًا لشَغَبِ المُدَّعِي وإيذائِه، ودفعًا لخصومتِه، فتُوجَدُ صورةُ القضاءِ وإنْ لم يَكُنْ عليه حقٌّ، ألا تَرَى أنه يَصِحُّ أنْ يُقَالَ: قضَى بباطلٍ، كما يُقَالُ: قضَى بحقٍّ، وإذا كان التوفيقُ ممكنًا؛ كانت بَيِّنَتُه على القضاءِ صحيحًا.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: ودلتِ المسألةُ على أنه إذا أمْكَنَ التوفيقُ بينَ الكلامَيْنِ؛ تُقْبَلُ، ويُوَفَّقُ بينَ الكلامَيْنِ مِن غيرِ دعوى التوفيقِ.

ثم قالوا: وذكَر في بعضِ المواضعِ وشرَطَ دعوَى التوفيقِ لقبولِ البيِّنَةِ.

والوجهُ الثاني: ما إذا قال في الابتداءِ: ليس لك عَلَيَّ شيءٌ، ثم أقام البيِّنَةَ على القضاءِ، أو الإبراءِ؛ تُقْبَلُ فيه البيِّنَةُ أيضًا؛ لأن التوفيقَ هنا أوضحُ؛ لأنه يَقُولُ: ليس عَلَيَّ شيءٌ؛ لأنك أبرأتَنِي، أوْ لأني قضيتُك.

والوجهُ الثالثُ: ما إذا قال المُدَّعَى عليه في الابتداءِ: ما كان لك عَلَيَّ شيءٌ قطُّ، ولا أعرِفُك، ثم أقام بَيِّنَةً بعدَ ذلك على القضاءِ، أو الإبراءِ؛ لا يُقْبَلُ بيِّنتُه للتناقضِ؛ لأنه لا يُتصَوَّرُ أنْ يَكُونَ بينَ اثنينِ خُصُومةٌ وقضاءٌ، وأخْذٌ وإعطاءٌ،

وَلَوْ قَالَ مَا كَانَ لَكَ عَلَيَّ شَيْءٌ قَطُّ وَلَا أَعْرِفُكَ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَتُهُ عَلَى الْقَضَاءِ) وَكَذَا عَلَى الْإِبْرَاءِ لِتَعَذُّرِ التَّوْفِيقِ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ بَيْنَ اثْنَيْنِ، أَخْذٌ وَإِعْطَاءٌ وَقَضَاءٌ وَاقْتِضَاءٌ وَمُعَامَلَةٌ بِدُونِ الْمَعْرِفَةِ. وَذَكَرَ الْقُدُورِيُّ أَنَّهُ تُقْبَلُ أَيْضًا لِأَنَّ الْمُحْتَجِبَ أَوْ الْمُخَدَّرَةَ قَدْ يُؤْذَى بِالشَّغَبِ عَلَى بَابِهِ فَيَأْمُرُ بَعْضَ وُكَلَائِهِ بِإِرْضَائِهِ وَلَا يَعْرِفُهُ ثُمَّ يَعْرِفُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَأَمْكَنَ التَّوْفِيقُ.

وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ. فَقَالَ: لَمْ أَبِعْهَا مِنْك قَطُّ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ، فَوَجَدَ بِهَا أُصْبُعًا زَائِدَةً، فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ: أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ.

﴿ غاية البيان ﴾

ولا يعرِفُ أحدُهما الآخرَ.

قال فخرُ الإسلامِ البَزْدَويُّ في «شرح الجامع الصغير»: «وذكَر القُدُورِيُّ في هذه المسألةِ عن أصحابِنا: أن بَيِّنَةَ القضاءِ تُقْبَلُ؛ لأن الرَّجلَ قد يدَّعِي على رَجلٍ مُحْتَجِبٍ، أو امرأةٍ مُحْتَجِبةٍ، فيُؤذِيه بالشَّغَبِ على بابِ دارِه، فيَأْمُرُ بعضَ وُكلائِه أن يُعْطيَه ما يُرْضيه، فيَكونُ قد قضَاه، وهو لا يَعْلَمُ به، ثم عَلِم به من بعدُ».

وقال فخرُ الدِّين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «فعلى هذا لو كان المُدَّعَى عليه يَتولَّى الأعمالَ بنفسِه؛ لا تُقْبَلُ بَيِّنتُه؛ لأنه لا يُمْكِنُه التوفيقُ مِن هذا الوجهِ».

قولُه: (وَمَنِ ادَّعَى عَلَى آخَرَ أَنَّهُ بَاعَهُ جَارِيَتَهُ. فَقَالَ: لَمْ أَبِعْهَا مِنْك قَطُّ، فَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الشِّرَاءِ، فَوَجَدَ بِهَا أُصْبُعًا زَائِدَةً، فَأَقَامَ الْبَائِعُ الْبَيِّنَةَ: أَنَّهُ بَرِئَ إِلَيْهِ مِنْ كُلِّ عَيْبٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ بَيِّنَةُ الْبَائِعِ)، وهي مِن مسائلِ «الجامع الصغير»[1]، ولم يَذْكُرْ فيه خلافًا بينَ أصحابِنا.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٨٧].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُقْبَلُ اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا.

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ شَرْطَ الْبَرَاءَةِ تَغْيِيرٌ لِلْعَقْدِ مِنِ اقْتِضَاءِ وَصْفِ السَّلَامَةِ إِلَى

غاية البيان

وذكرَ الخَصَّافُ هذه[1] [٥/٣٤٠ظ/م] المسألةَ في آخرِ «أدب القضاء»، وأثبتَ فيه الخلافَ فقال: «لا تُقْبَلُ بيِّنةُ البائعِ على البَرَاءَةِ في قولِ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: تُقْبَلُ»[2].

وَجهُ قولِ أبي يوسفَ: الاعتبارُ بالدَّيْنِ، فإنه لو أنكَر الدَّيْنَ أصلًا، ثم أقام البيِّنةَ علىٰ القضاءِ، أو الإبراءِ؛ تُقْبَلُ البيِّنةُ؛ لإمكانِ التوفيقِ؛ لأن غيرَ الحقِّ قد يُقْضَىٰ، وهنا يُمْكِنُ التوفيقُ أيضًا؛ لأنه يَجُوزُ أن يَقُولَ: لم يَكُنْ بيننا بيعٌ، ولكنَّه لَمَّا ادَّعَىٰ عَلَيَّ البَيْعَ سألتُه أنْ يُبْرِأَني عن العَيْبِ فأبرَأني، فلَمَّا أمْكَنَ التوفيقُ؛ قُبِلَتِ البيِّنةُ؛ لعدمِ التناقُضِ، ولأنَّ البَيْعَ غيرُ البَرَاءَةِ مِنَ العَيْبِ، فجحودُ أحدِهما لا يَمْنَعُ دعْوَىٰ الآخرِ.

وجهُ الظاهرِ: أنه مناقِضٌ في دعوىٰ البَرَاءَةِ، فلا تُسْمَعُ بيِّنتُهُ؛ لأن التبرُّؤَ عن العَيْبِ تغييرٌ لصفةِ العَقْدِ عن اقتضاءِ صفةِ السَّلَامةِ إلىٰ غيرِها، ولا وجودَ لصفةِ العَقْدِ بدونِ العَقْدِ، وقد أنكرَ العَقْدَ أصلًا، ودعوَىٰ البَرَاءَةِ تَقْتَضِي سابقةَ العَقْدِ، فكان مناقضًا لا محالةَ، فبَطَلَ دعوَاه، فلَمْ تُسْمَعْ بيِّنتُه.

بخلافِ المسألةِ المتقدمةِ، فإنَّ التوفيقَ ثَمَّةَ مُمْكِنٌ؛ لأن القضاءَ لا يَدُلُّ علىٰ سابقةِ الوُجُوبِ لا محالةَ؛ لأن غيرَ الحقِّ قد يُقْضَىٰ دفعًا للشغَبِ والخُصُومةِ، فيَظْهرُ الفرقُ.

قولُه: (اعْتِبَارًا بِمَا ذَكَرْنَا)، أراد به: ما ذكَر في المسألةِ المتقدِّمةِ: بأنَّ التوفيقَ مُمْكِنٌ، كما مَرَّ بيانُه آنفًا.

---

(١) وقع بالأصل: «في هذه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/٥٣٤].

غَيْرِهِ فَيَسْتَدْعِي وُجُودَ الْبَيْعِ وَقَدْ أَنْكَرَهُ فَكَانَ مُنَاقِضًا، بِخِلَافِ الدَّيْنِ لِأَنَّهُ قَدْ يُقْضَى وَإِنْ كَانَ بَاطِلًا عَلَىٰ مَا مَرَّ.

قَالَ: ذِكْرُ حَقٍّ قَدْ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ: وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ الْحَقِّ؛ فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، أَوْ كُتِبَ فِي شِرَاءٍ: فَعَلَىٰ فُلَانٍ خَلَاصُ ذَلِكَ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ؛ بَطَلَ الذِّكْرُ كُلُّهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللهُ هُوَ عَلَىٰ الْخَلَاصِ، وَعَلَىٰ مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الْحَقِّ، وَقَوْلُهُمَا اسْتِحْسَانٌ ذَكَرَهُ فِي (الْإِقْرَارِ) لِأَنَّ الِاسْتِثْنَاءَ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِيهِ لِأَنَّ الذِّكْرَ لِلِاسْتِيثَاقِ، وَكَذَا الْأَصْلُ

غاية البيان

قوله: (قَالَ: ذِكْرُ حَقٍّ قَدْ كُتِبَ فِي أَسْفَلِهِ: وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ الْحَقِّ؛ فَهُوَ وَلِيُّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ، أَوْ كُتِبَ فِي شِرَاءٍ [٢/٢٤٢و]: فَعَلَىٰ فُلَانٍ خَلَاصُ ذَلِكَ وَتَسْلِيمُهُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ؛ بَطَلَ الذِّكْرُ كُلُّهُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه. وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللهُ هُوَ عَلَىٰ الْخَلَاصِ، وَعَلَىٰ مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الْحَقِّ)، وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رضي الله عنه: في الرَّجُلِ يَكْتُبُ على نَفْسِه ذِكْرَ الحقِّ، فيَكْتُبُ في أسفلِه: إنْ شاء اللهُ تعالىٰ، أوْ يَكْتُبُ الشِّراءَ، فيَكْتُبُ في أسفلِه: فما أدرَكَ فيه فلانًا مِن دَرَكٍ؛ فعلىٰ فلانٍ خلاصُه إن شاء اللهُ تعالىٰ. قال: «إنْ شاء اللهُ تعالىٰ» يُبْطِلُ الدَّيْنَ، ويُفْسِدُ الشِّراءَ. وقال أبو يوسفَ ومحمد رضي الله عنهما: الشِّراءُ جائز، والدَّيْنُ لازمٌ، وقولُه: «إنْ شاء اللهُ» علىٰ مَن قام بذِكْرِ الحقِّ، وعلى [٥/٣٤١و/م] الخلاصِ». إلىٰ هنا لفظُ [محمَّدٍ رحمه الله في][1] أصلِ «الجامع الصغير»[2].

(١) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٥].

فِي الْكَلَامِ الِاسْتِبْدَادُ وَلَهُ أَنَّ الْكُلَّ كَشَيْءٍ وَاحِدٍ بِحُكْمِ الْعَطْفِ فَيُصْرَفُ إِلَى الْكُلِّ كَمَا فِي الْكَلِمَاتِ الْمَعْطُوفَةِ مِثْلِ قَوْلِهِ عَبْدُهُ حُرٌّ وَامْرَأَتُهُ طَالِقٌ وَعَلَيْهِ الْمَشْيُ

غاية البيان

وقولُهما استحسانٌ. كذا ذكرَ في «الشامل» في كتابِ «الإقرار» مِن قسمِ «المبسوط».

اعلم: أنه إذا كتَب صَكًّا، وكتَب في آخرِه: إن شاء اللهُ؛ يَبطُلُ الصَّكُّ كلُّه عند أبي حنيفةَ ﵀، وقالا: يَنصَرِفُ الاستثناءُ إلى ما يَلِيه؛ لأنَّ الصَّكَّ يَشتَمِلُ على أشياءَ ولا تعَلُّقَ للبعضِ بالبعضِ، فانصرَف إلى الذي يَلِيه، ولأنَّ الصَّكَّ يُكتَبُ للاستيثاقِ والتأكيدِ، لا للإبطالِ، فكان ذلك دلالةً على قَصْرِ الاستثناءِ على الذي يَلِيه؛ لأنه لو انصرَف إلى الكُلِّ؛ يَبطُلُ الصَّكُّ أصلًا، ولا يَبقَى الاستيثاقُ استيثاقًا؛ [و][(١)] لأن الكتابَ كالخِطَابِ، وفي الخِطَابِ لا بُدَّ مِن أنْ يَنقَطِعَ النَّفَسُ، فلا يَجُوزُ أنْ يَلْحَقَ الاستثناءُ بالكُلِّ.

ولأبي حنيفةَ: أن الصَّكَّ يَشتَمِلُ على فصولٍ متداركَةٍ، معطوفٍ بعضُها على بعضٍ مِن غيرِ فصْلٍ في الكِتْبَةِ[(٢)]، فصار كمَنْ تكَلَّم بكلماتٍ في نفَسٍ واحدٍ، واستثنَى في آخرِها؛ فإن الاستثناءَ يَنصَرِفُ ثَمَّةَ إلى الكُلِّ، فكذا هنا.

تحقيقُه: أن الصَّكَّ لَمَّا كان جامعًا؛ جُعِلَ ما فيه كشيءٍ واحدٍ، فانصرَف الاستثناءُ إلى الكُلِّ، ولهذا إذا قال: امرأتُه طالقٌ، وعبدُه حُرٌّ، وعليه المشيُ إلى بيتِ اللهِ إنْ شاء اللهُ تعالى؛ يَنصَرِفُ الاستثناءُ إلى الكُلِّ، ولا يَلْزَمُهُ شيءٌ.

وقولُهما: إن الصَّكَّ يُكتَبُ للاستيثاقِ.

قلنا: لَا نُسَلِّمُ؛ [لأنه قد يُكتَبُ للإبطالِ لغرضٍ، وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنه يُكتَبُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».
(٢) الكِتْبَة: مصدر كتَبَ يكْتُبُ كِتْبَةً وكِتابًا وكِتابةً. وقد تقدم التعريف بذلك.

إِلَىٰ بَيْتِ اللهِ تَعَالَىٰ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ ؛ وَلَوْ تَرَكَ فُرْجَةً قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ وَيَصِيرُ كَفَاصِلِ السُّكُوتِ.

غاية البيان

للاستيثاقِ ؛ لكن لَا نُسَلِّمُ][1] أن كِتْبَتَهُ للاستيثاقِ يَمْنَعُ بُطلانَه عندَ وجودِ المبطلِ.

وقولُهما: لا بُدَّ مِن أنْ يَنقَطِعَ النفَسُ.

قلنا: توالي السطورِ والكلماتِ في الكِتابةِ بمنزلةِ اتِّصالِ الكلامِ حقيقةً، فلَمْ يَكُنِ الكتابُ كانْقِطاعِ النفَسِ في الخِطَابِ حتَّىٰ قالوا: لو لم تَكُنِ السطورُ متواليةً، وكان قبلَ قولِه: «ومَن قام بهذا الذِّكْرِ فهو وَلِيٌّ ما فيه إنْ شاء اللهُ تَعالىٰ»: موضعُ بياضٍ؛ يَنْصَرِفُ الاستثناءُ إلىٰ ما يليه خاصَّةً؛ لدلالةِ الفصلِ.

قولُه: (وَقَالَا: إِنْ شَاءَ اللهُ هُوَ عَلَىٰ الْخَلَاصِ، وَعَلَىٰ مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الْحَقِّ).

يعني: أن قولَه: «إنْ شاء اللهُ تَعالىٰ». يُصْرَفُ علىٰ الخلاصِ، وعلىٰ مَن قام بذِكْرِ الحقِّ، لا علىٰ مجموعِ الصَّكِّ عندَهما.

[٥/٣٤١ظ/م] **والمرادُ بالذِّكْرِ الحقِّ:** الصَّكُّ، يَعْنِي: أن [كلَّ][2] مَن أخرَج هذا الصَّكَّ، وطلَب ما فيه مِن الحقِّ؛ فلَه ولايةُ ذلك إنْ شاء اللهُ تعالىٰ.

قولُه: (وَلَوْ تَرَكَ فُرْجَةً قَالُوا: لَا يَلْتَحِقُ بِهِ)، أي: لو تركَ انفراجًا، أي: موضعَ بياضٍ[3] قبلَ قولِه: (وَمَنْ قَامَ بِهَذَا الذِّكْرِ الْحَقِّ؛ فَهُوَ وَلِيٌّ مَا فِيهِ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ).

قال المشايخُ: لا يَلْتَحِقُ قولُه: (إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ) حينَئذٍ بجميعِ الصَّكِّ، بل يَلْتحِقُ بقولِه: (مَنْ قَامَ بِذِكْرِ الْحَقِّ).

واللهُ أعلَمُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

(٣) وقع بالأصل: «موضع بيان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

فَصْـلٌ
فِي الْقَضَـاءِ فِي الْمَـوَارِيثِ

وَإِذَا مَاتَ نَصْرَانِيٌّ، فَجَاءَتِ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً، وَقَالَتْ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ: أَسْلَمَتِ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ، وَقَالَ زُفَرُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا لِأَنَّ الْإِسْلَامَ حَادِثٌ فَيُضَافُ إِلَىٰ أَقْرَبِ الْأَوْقَاتِ. وَلَنَا أَنَّ سَبَبَ الْحِرْمَانِ ثَابِتٌ فِي الْحَالِ فَيَثْبُتُ فِيمَا مَضَىٰ تَحْكِيمًا لِلْحَالِ كَمَا فِي جَرَيَانِ مَاءِ الطَّاحُونَةِ؛ وَهَذَا ظَاهِرٌ نَعْتَبِرُهُ لِلدَّفْعِ؛ وَمَا ذَكَرَهُ يَعْتَبِرُهُ لِلِاسْتِحْقَاقِ.

فَصْـلٌ
فِي الْقَضَـاءِ فِي الْمَـوَارِيثِ

ذكَر هذا الفصلَ في آخرِ أبوابِ القضاءِ؛ لأنَّ الموتَ آخرُ أحوالِ الإنسانِ في الدنيا، فكان ذِكْرُ ما يَتَعَلَّقُ بالموتِ مناسبًا.

قولُه: (وَإِذَا مَاتَ نَصْرَانِيٌّ، فَجَاءَتِ امْرَأَتُهُ مُسْلِمَةً، وَقَالَتْ: أَسْلَمْتُ بَعْدَ مَوْتِهِ، وَقَالَتِ الْوَرَثَةُ: أَسْلَمَتِ قَبْلَ مَوْتِهِ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْوَرَثَةِ). وهذه من مسائلِ «الجامع الصغير»[1].

وقال صاحبُ «الهداية» [٢/٢٤٢ط]: (وَقَالَ زُفَرُ: الْقَوْلُ قَوْلُهَا). وذلك لأن الحادثَ يُضافُ إلىٰ أقربِ الأزمانِ، والإسلامُ حادثٌ، فيُجعَلُ موجودًا بعدَ الموتِ، لا قبلَه.

ولنا: أن سببَ حِرْمانِ المرأةِ ـ وهو إسلامُها ـ عن ميراثِ زوْجِها النَّصْرانيِّ ثابتٌ في الحالِ، وتحكيمُ الحالِ عندَ عدمِ دليلٍ آخرَ واجبٌ، والحالُ يَصْلُحُ للدفعِ،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٦].

وَلَوْ مَاتَ وَلَهُ امْرَأَةٌ نَصْرَانِيَّةٌ فَجَاءَتْ مُسْلِمَةً بَعْدَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ أَسْلَمْتُ قَبْلَ مَوْتِهِ وَقَالَتْ الْوَرَثَةُ أَسْلَمَتْ بَعْدَ مَوْتِهِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُمْ أَيْضًا، وَلَا يُحَكَّمُ الْحَالُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ لَا يَصْلُحُ حُجَّةً لِلِاسْتِحْقَاقِ وَهِيَ مُحْتَاجَةٌ إلَيْهِ، أَمَّا الْوَرَثَةُ فَهُمْ الدَّافِعُونَ وَيَشْهَدُ لَهُمْ ظَاهِرُ الْحُدُوثِ أَيْضًا.

قال: وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً، فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ: هَذَا ابْنُ الْمَيِّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ الْمَالُ إلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ

غاية البيان

لا للاستحقاقِ، ألا ترىٰ أن ربَّ الطاحونةِ مع المُستأجرِ إذا اختلفا بعد مُضيِّ المُدَّةِ في جريانِ الماءِ وانقطاعِه؛ يُحَكَّمُ الحالُ، فإنْ كان جاريًا في الحالِ؛ كان القولُ قولَ ربِّ الطاحونةِ، وإنْ لم يكُنْ جاريًا؛ كان القولُ قولَ المُستأجرِ.

وهذا بخلافِ ما إذا مات المسلمُ وله امرأةٌ نصرانيةٌ، فجاءتْ مسلمةً، وقالت: أسلمْتُ قبلَ موتِه، فقالت الورثةُ: لا بل أسلمْتِ بعدَ موتِه؛ كان القولُ قولَ الورثةِ، ولا يُجْعَلُ الحالُ حكَمًا؛ لأن الحالَ حجَّةٌ مِن حيث الظاهرُ، والظاهرُ يَصْلُحُ للدفعِ، لا للاستحقاقِ، والمرأةُ تدَّعِي الاستحقاقَ، فلَمْ يَصْلُحِ الظاهرُ حجَّةً للاستحقاقِ.

وفي المسألةِ الأُولىٰ: الورثةُ يُريدونَ الدفعَ، والظاهرُ يَصْلُحُ للدفعِ، وفي الحقيقةِ لا فرْقَ بينَ المسألتيْنِ؛ لأن الورثةَ هم الدافعون، والظاهرُ يَصْلُحُ للدفعِ لا للإثباتِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ مَاتَ وَلَهُ فِي يَدِ رَجُلٍ [٥/٣٤٢/م] أَرْبَعَةُ آلَافِ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً، فَقَالَ الْمُسْتَوْدَعُ: هَذَا ابْنُ الْمَيِّتِ لَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، فَإِنَّهُ يُدْفَعُ الْمَالُ إلَيْهِ)، أي: قال في «الجامع الصغير».

وصورةُ المسألةِ فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ رحمه الله: في الرَّجُلِ يمُوتُ وله في يدِ رَجُلٍ وَدِيعَةٌ ألفُ درهمٍ، فيقُولُ المستودَعُ: هذا ابنُ الرَّجُلِ الذي

مَا فِي يَدِهِ حَقُّ الْوَارِثِ خِلَافَةً فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَرَّ أَنَّهُ حَقُّ الْمُوَرِّثِ وَهُوَ حَيٌّ أَصَالَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَقَرَّ لِرَجُلٍ أَنَّهُ وَكِيلُ الْمُودِعِ بِالْقَبْضِ أَوْ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ مِنْهُ حَيْثُ لَا يُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ أَقَرَّ بِقِيَامِ حَقِّ الْمُودِعِ إِذْ هُوَ حَيٌّ فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى مَالِ الْغَيْرِ، وَلَا كَذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ، بِخِلَافِ الْمَدْيُونِ إِذَا أَقَرَّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ بِالْقَبْضِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا فَيَكُونُ إِقْرَارًا عَلَى نَفْسِهِ فَيُؤْمَرُ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ.

غاية البيان

أودَعَنِي؛ لا وَارثَ له غيرُه. قال: يَقْضِي القاضي بأنْ يَدْفَعَ إليه الوَدِيعَةَ، فإنْ قال لآخرَ: هذا ابنُه أيضًا، وقال الأوَّلُ: ليس له ابنٌ غيرِي. قال: يَقْضِي للأوَّلِ بالمالِ كلِّه»[١]، إلى هنا لفظُ محمدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**»، وهي منَ الخواصِّ.

وذلك لأن المُودَعَ أَقَرَّ بأنَّ ما في يدِه صار للمُقَرِّ له مِلْكًا ويدًا خلافةً، فلو أَقَرَّ بأنه للمُورثِ في حالِ حياتِه أصالةً؛ جاز، فكذا إذا أَقَرَّ خلافةً، كالْمَدْيُونِ إذا أَقَرَّ لرَجُلٍ أنه وَكِيلٌ بقَبْضِ الدَّيْنِ؛ فإنه يُؤْمَرُ بالدفعِ إليه، فكذا هنا، بخلافِ المُودَعِ إذا أَقَرَّ لرَجُلٍ أنه وَكِيلُ المُودِعِ في قَبْضِ الوَدِيعَةِ؛ حيثُ لا يُؤْمَرُ بالدفعِ؛ لأنه مُعترفٌ بقيامِ حقِّ المُودَعِ، فلا يَمْلِكُ التصرُّفَ فيه[٢].

وليس هذا كالْمَدْيُونِ إذا أَقَرَّ أنه وَكِيلٌ بقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لأنه يَتَصَرَّفُ في حقِّ نفْسِه، لا في حقِّ ربِّ الدَّيْنِ؛ لأن الدُّيُونَ تُقْضَى بأمثالِها، لا بأعيانِها، فكان إقرارُه على نفسِه، فصحَّ.

وإنما يَكُونُ جميعُ المالِ للابنِ المُقَرِّ له الأوَّلِ؛ لأن إقرارَه للثاني حَصَلَ بعدَ انقطاعِ يدِه عن المالِ، فوقَع شهادةً على الأوَّلِ، فلَمْ يَصِحَّ، ولَمْ يَغْرَمِ المُودَعُ للابنِ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٦].

(٢) مسألةُ إقرار المودَع بوكيل المودِع، ومسألةُ الإقرار بالوكيل بقبض الدَّيْن؛ يجيئان على أتمِّ الوجوه في الوكالة بالخصومة إن شاء الله. كذا جاء في حاشية: «م».

ولو قَالَ الْمُودَعُ لِآخَرَ هَذَا ابْنُهُ أَيْضًا وَقَالَ الْأَوَّلُ لَيْسَ لَهُ ابْنٌ غَيْرِي قَضَى بِالْمَالِ لِلْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ لَمَّا صَحَّ إقْرَارُهُ لِلْأَوَّلِ انْقَطَعَ يَدُهُ عَنْ الْمَالِ فَيَكُونُ هَذَا إقْرَارًا عَلَى الْأَوَّلِ فَلَا يَصِحُّ إقْرَارُهُ لِلثَّانِي، كَمَا إذَا كَانَ الْأَوَّلُ ابْنًا مَعْرُوفًا، وَلِأَنَّهُ حِينَ أَقَرَّ لِلْأَوَّلِ لَا مُكَذِّبَ لَهُ فَصَحَّ، وَحِينَ أَقَرَّ لِلثَّانِي لَهُ مُكَذِّبٌ فَلَمْ يَصِحَّ.

قَالَ: وَإِذَا قُسِمَ الْمِيرَاثُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ؛ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ كَفِيلٌ، وَلَا مِنْ وَارِثٍ وَهَذَا شَيْءٌ احْتَاطَ بِهِ بَعْضُ الْقُضَاةِ وَهُوَ ظُلْمٌ [٤٦/ط] وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ، وَالْمَسْأَلَةُ فِيمَا إذَا ثَبَتَ الدَّيْنُ وَالْإِرْثُ بِالشَّهَادَةِ وَلَمْ يَقُلْ الشُّهُودُ لَا نَعْلَمُ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ.

غاية البيان

الثاني شيئًا بإقرارِه له؛ لأن استحقاقَه لم يَثْبُتْ، فلَمْ يَتَحَقَّقِ التلَفُ، وهذا لأنه لا يَلْزَمُ مِن مجرَّدِ ثبوتِ البُنُوَّةِ ثبوتُ الإرْثِ، فلا يَكُونُ الإقْرَارُ بالبُنُوَّةِ إقرارًا بالمالِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قُسِمَ الْمِيرَاثُ بَيْنَ الْغُرَمَاءِ؛ فَإِنَّهُ لَا يُؤْخَذُ مِنْهُمْ كَفِيلٌ، وَلَا مِنْ وَارِثٍ)، أي: قال في «**الجامع الصغير**».

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵁: في ميراثٍ قُسِمَ بينَ الغُرَماءِ. قال: لا آخذُ مِن الغَرِيمِ كَفِيلًا، ولا مِن الوَارِثِ كَفِيلًا، هذا شيءٌ احتاطَ به القضاةُ وهو ظُلْمٌ، وقال أبو يوسفَ ومحمد ﵄ [٣٤٢/ظ/م]: يأخُذ الكَفِيل»[1].

قال فخرُ الإسلامِ في «شرح الجامع الصغير»: «وتفسيرُه: إذا ثبتَ الدَّيْنُ للغُرَماءِ، وقضَى القاضي دُيونَهُم، واحتمَل أنْ يَكُونَ على الميِّتِ دَيْنٌ غيرُه، أوْ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٦].

لَهُمَا أَنَّ الْقَاضِيَ نَاظِرٌ لِلْغُيَّبِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ فِي التَّرِكَةِ وَارِثًا غَائِبًا أَوْ غَرِيمًا غَائِبًا، لِأَنَّ الْمَوْتَ قَدْ يَقَعُ بَغْتَةً فَيُحْتَاطُ بِالْكَفَالَةِ. كَمَا إِذَا دَفَعَ الْآبِقَ وَاللُّقَطَةَ إِلَىٰ صَاحِبِهِ وَأَعْطَىٰ امْرَأَةَ الْغَائِبِ النَّفَقَةَ مِنْ مَالِهِ.

غاية البيان

قامتِ البَيِّنَةُ علىٰ المواريثِ [٢/٢٤٣و]، ولم يَشْهَدِ الشهودُ أنهم لا يَعْلَمُون له وارِثًا غيرَه، فإن القاضيَ يَتَأَنَّىٰ، فإنْ فعَلَ ولم يَظْهَرْ له وَارِثٌ فقضَىٰ، هل يَأْخُذُ كَفِيلًا أمْ لا؟». إلىٰ هنا لَفْظُ فخرِ الإسلامِ.

يعني: إذا ثبتَ الدَّيْنُ والْإِرْثُ بالإقرارِ؛ يُؤخَذُ الكَفِيلُ بالاتِّفاقِ، وإذا قال الشهودُ: لا نعلَمُ له وارِثًا غيرَه، فلا حاجةَ إلىٰ التأنِّي والكَفِيلِ، بل يُدْفَعُ المالُ بلا تأنٍّ ولا كَفِيلٍ عندَهم، وكذلك إذا قالوا: لا وَارثَ له غيرَه استحسانًا.

وقال في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» في كتابِ «الدعوىٰ»[1]: «وفي كلِّ موضعٍ قال: يَتَأَنَّىٰ ويَتَلَوَّمُ القاضي؛ يَكُونُ ذلك مُفَوَّضًا إليه. هكَذا قال شيخُ الإسلامِ خُوَاهَرْ زَادَه في البابِ الأوَّلِ مِن وصايا «**الجامع**»...».

ثم قال: «قَدَّر الطَّحَاوِيُّ مُدَّةَ التلَوُّمِ بالحَوْلِ».

وَجهُ قولِهما: أن الموتَ قد يَقَعُ بغتةً، وربَّما يَظْهَرُ غَرِيمٌ آخَرُ، أوْ وَارثٌ آخَرُ، فيُحتاطُ بأَخْذِ الكَفِيلِ، كما في تسليمِ الآبِقِ واللُّقَطَةِ.

ووجهُ قولِ أبي حنيفةَ ﷺ: أن حَقَّ الحاضرِ مَعْلُومٌ ثابتٌ، وحقُّ الغائبِ مَجْهُولٌ غيرُ ثابتٍ؛ لأنه ربما يَكُونُ، وربَّما لا يَكُونُ، فلا يَجُوزُ تعطيلُ الحقِّ المَعْلُوم الثابتِ بالمجهولِ المَوْهُومِ؛ لأنَّ الجهلَ لا يَصْلُحُ حُجَّةً، ولهذا إذا كان الدَّارُ لها شَفِيعان، فحَضر أحدُهما؛ قُضِيَ له بِالشُّفْعَةِ، ولا يُنْتَظَرُ الغائبُ، فهذا أَوْلىٰ.

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ٢٢٢].

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أَوْ ظَاهِرًا فَلَا يُؤَخَّرُ لِحَقٍّ مَوْهُومٍ إِلَىٰ زَمَانِ التَّكْفِيلِ كَمَنْ أَثْبَتَ الشِّرَاءَ مِمَّنْ فِي يَدِهِ أَوْ أَثْبَتَ الدَّيْنَ عَلَى الْعَبْدِ حَتَّىٰ بِيعَ فِي دَيْنِهِ لَا يَكْفُلُ، وَلِأَنَّ الْمَكْفُولَ لَهُ مَجْهُولٌ فَصَارَ كَمَا إِذَا كُفِلَ لِأَحَدِ الْغُرَمَاءِ بِخِلَافِ النَّفَقَةِ لِأَنَّ حَقَّ الزَّوْجِ ثَابِتٌ وَهُوَ مَعْلُومٌ.. وَأَمَّا الْآبِقُ وَاللُّقَطَةُ فَفِيهِ رِوَايَتَانِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ عَلَى الْخِلَافِ.

غاية البيان

وأمَّا مسألةُ الآبِقِ واللُّقَطَةِ: فإن فيها روايتيْنِ هنالك، قال في روايةٍ: لا أُحِبُّ أنْ يأْخُذَ منه كَفِيلًا. وقال في روايةٍ: أُحِبُّ أن يأْخُذَ منه كَفِيلًا.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: والصحيحُ أن الروايةَ الأُولىٰ: قولُ أبي حنيفةَ ﵀، فعلىٰ ما قالوا: لا يَصِحُّ قياسُهما علىٰ تلك المسألةِ.

وقال الإمامُ العَتَّابِيُّ: «وفي العبدِ الآبِقِ واللُّقَطَةِ إذا وجَدَه إنسانٌ، فادَّعَىٰ آخرُ أن ذلك له، وأقام البَيِّنَةَ؛ فإنه يُدْفَعُ إليه، ولا يأْخُذُ منه كَفِيلًا عندَ أبي [٥/٣٤٣و/م] حنيفةَ، وعندَهما: يَأْخُذُ، وإنْ دُفِعَ إليه بإخبارِه عن العلامةِ، أوْ بقولِ العبدِ؛ يَأْخُذُ منه كَفِيلًا بالإجماعِ». إلىٰ هنا لفْظُه ﵀.

وذلك لأن الحقَّ ليس بثابتٍ، ولهذا كان له أنْ يَمْنَعَه، فصحَّ تأخيرُه للتكفيلِ؛ صِيَانةً للقضاءِ، والباقي يُنْظَرُ في كتابِ «اللُّقَطَة» مِن شَرْحِنا هذا عندَ قولِه: (وَإِذَا حَضَرَ رَجُلٌ وَادَّعَىٰ اللُّقَطَةَ؛ لَمْ تُدْفَعْ إِلَيْهِ حَتَّىٰ يُقِيمَ الْبَيِّنَةَ).

قولُه: (وَلِأَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ حَقَّ الْحَاضِرِ ثَابِتٌ قَطْعًا، أَوْ ظَاهِرًا).

أمَّا قطْعًا: ففيما إذا كان القاضي يَعْرِفُ يقينًا أنه لا وَارِثَ للميِّتِ غيرُ الحاضرِ.

وأمَّا ظاهرًا: ففيما إذا لَمْ يَعْرِفِ القاضي وارثًا آخرَ، واحتمَلَ وجودَ الآخرِ وعدمِه؛ لأن حقَّ الحاضرِ ظهر عندَ القاضي، ولم يَظْهَرْ حقُّ الغائبِ، وهذا لأن

وَقِيلَ: إِنْ دَفَعَ بِعَلَامَةِ اللُّقَطَةِ، أَوْ إِقْرَارِ الْعَبْدِ؛ يُكَفَّلُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ غَيْرُ ثَابِتٍ، وَلِهَذَا كَانَ لَهُ أَنْ يُمْنَعَ.

وَقَوْلُهُ ظُلْمٌ: أَيْ مَيْلٌ عَنْ سَوَاءِ السَّبِيلِ، وَهَذَا يَكْشِفُ عَنْ مَذْهَبِهِ ﵀ أَنَّ الْمُجْتَهِدَ يُخْطِئُ وَيُصِيبُ لَا كَمَا ظَنَّهُ الْبَعْضُ.

قال: وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ؛ أَقَامَ آخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ فُلَانٍ؛ قُضِيَ لَهُ بِالنِّصْفِ، وَتُرِكَ النِّصْفُ الْآخَرُ فِي يَدِ الَّذِي هو فِي يَدَيْهِ، وَلَا يُسْتَوْثَقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا:

غاية البيان

القاضيَ مَأْمُورٌ بالحُكْمِ بما ظهَر عندَه، لا بِدَرْكِ الغيبِ.

وقولُه: (ظُلْمٌ)، دليلٌ على أن المجتهِدَ يُخْطِئُ ويُصِيبُ، ونصٌّ على أن الإمامَ - أسبَقَ الأئمَّةِ - أبا حنيفةَ وأصحابَه بُرآءُ عن مذهبِ أهلِ الاعتزالِ، حيثُ قالوا: كلُّ مجتهدٍ مصيبٌ، وهذا لأن الاجتهادَ شرْطُ القضاءِ، ولكن الاختلافَ في أنه شرْطُ الأَوْلَويَّةِ، أو شرْطُ الجوازِ، وقد مَرَّ بيانُه في أوَّلِ كتابِ «**أدب القاضي**».

قولُه: (لَا يُكَفَّلُ)، أي: مِن المُشْتَرِي، أوْ مِن ربِّ الدَّيْنِ.

قولُه: (وَقِيلَ: إِنْ دَفَعَ بِعَلَامَةِ اللُّقَطَةِ، أَوْ إِقْرَارِ الْعَبْدِ؛ يُكَفَّلُ بِالْإِجْمَاعِ)، هكذا قال فخرُ الإسلامِ في «**شرح الجامع الصغير**».

قولُه: (عَنْ مَذْهَبِهِ)، أي: عن مذهبِ أبي حنيفةَ.

قولُه: (وَإِذَا كَانَتِ الدَّارُ فِي يَدِ رَجُلٍ؛ أَقَامَ آخَرُ الْبَيِّنَةَ أَنَّ أَبَاهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَخِيهِ فُلَانٍ؛ قُضِيَ لَهُ بِالنِّصْفِ، وَتُرِكَ النِّصْفُ الْآخَرُ فِي يَدِ الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ، وَلَا يُسْتَوْثَقُ مِنْهُ بِكَفِيلٍ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀)، وهذه [٢/٢٤٣ظ] من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

إنْ كَانَ الَّذِي هو[1] فِي يَدِهِ جَاحِدًا أُخِذَ مِنْهُ وَجُعِلَ فِي يَدِ أَمِينٍ، وَإِنْ لَمْ يَجْحَدْ تُرِكَ فِي يَدِهِ.

لَهُمَا أَنَّ الْجَاحِدَ خَائِنٌ فَلَا يُتْرَكُ الْمَالُ فِي يَدِهِ، بِخِلَافِ الْمُقِرِّ لِأَنَّهُ أَمِينٌ. وَلَهُ أَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ لِلْمَيِّتِ مَقْصُودًا وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ مُخْتَارَ الْمَيِّتِ ثَابِتٌ فَلَا تُنْقَضُ يَدُهُ كَمَا إذَا كَانَ مُقِرًّا وَجُحُودُهُ قَدْ ارْتَفَعَ بِقَضَاءِ الْقَاضِي، وَالظَّاهِرُ عَدَمُ الْجُحُودِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِصَيْرُورَةِ الْحَادِثَةِ مَعْلُومَةً لَهُ وَلِلْقَاضِي.

غاية البيان

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في دارٍ في يَدَيْ رَجُلٍ أقامَ رَجُلٌ[2] البَيِّنَةَ: أن أباه مات وترَكَها ميراثًا بينَه وبينَ أخيه فلانٍ، لا وَارِثَ له[3] غيرُهما. قال: يَقْضِي له القاضي بنصْفِها، ويَتْرُكُ النِّصْفَ الباقيَ في يدِ الذي في [٥/٣٤٣ط/م] يديْه الدَّارُ، ولا يَسْتَوْثِقُ منه بكفيلٍ.

وقال أبو يوسفَ ومحمد ﷺ: إذا جحَدَها؛ أَخَذَها منه وجعَلَها في يَدَيْ أمينٍ حتىٰ يَقْدَمَ الغائبُ، وإنْ لم يَكُنْ جحَدَها تُرِكَ النِّصْفُ في يَدَيْه حتىٰ يَقْدَمَ الآخَرُ»[4]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

قال في «المختلف»: «قيل: إن هذا الاختلافَ بناءٌ علىٰ أنه هل يَجُوزُ القضاءُ للغائبِ؟ عندَهما: يَجُوزُ. وعندَه: لا يَجُوزُ. وقيل: لا خلافَ في القضاءِ، ولكن في تَرْكِ نصيبِه في يدِ ذي اليدِ»[5]. إلىٰ هنا لفْظُ «**المختلف**».

وقال الزاهدُ العَتَّابِيُّ: «ولو كان عُروضًا؛ يُؤخَذُ مِن يدِه بالإجماعِ؛ لأن

(١) في حاشية الأصل: «خ: هي».

(٢) أشار في حاشية: «م» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «أقامَ آخر» بدل: «أقامَ رَجُلٌ».

(٣) وقع بالأصل: «وَارِث لهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٧].

(٥) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٦٥٤].

وَلَوْ كَانَتِ الدَّعْوَىٰ فِي مَنْقُولٍ فَقَدْ قِيلَ يُؤْخَذُ مِنْهُ بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ يَحْتَاجُ فِيهِ

غاية البيان

العُروضَ يُمْكِنُ تَغْيِيبُه، وإنْ كان مقرًّا: لم يُؤخَذْ نصيبُ الغائبِ مِن يدِه بالاتِّفاقِ.

وجهُ قولِهما: أنه لَمَّا جحَد؛ صار خائنًا غاصبًا، ومالُ الغائبِ لا يُترَكُ في يدِ الخائنِ، كما لو كان عُروضًا، بخلافِ ما إذا لم يُجحَدْ؛ لأنه أمينُ الميتِ، فلا يُنزَعُ مِن يدِه لعدمِ الفائدةِ؛ لأنه إذا أُخِذَ منه يُوضَعُ في يدِ أمينٍ آخرَ، فإذا كان الذي في يَديهِ الدَّارُ أمينًا؛ لا يَحتاجُ إلىٰ أمينٍ آخرَ.

ووَجهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أن القضاءَ وقَع للميِّتِ مقصودًا؛ لأن القضاءَ بالإرْثِ قضاءٌ بمِلْكِ الميِّتِ، ولهذا تُقْضَىٰ ديونُه منه، وهذا أمينُ الميِّتِ فلا يُنزَعُ مِن يدِه، والغائبُ يَرْضَىٰ أيضًا بكونِ نصيبِه في يدِ الأمينِ، فيُترَكُ في يدِه.

غايةُ ما في البابِ: أنه جحَد، ولكن وقَع الأمْنُ عنه بقضاءِ القاضي، ولا يُشْبِه العَقارُ العُروضَ، فلَمْ يَصِحَّ القياسُ؛ لأن العَقارَ محفوظٌ بنفسِه، والعُروضُ يَحتاجُ إلىٰ الحفْظِ، وغيرُه أوْلَىٰ بالحفْظِ.

ولهذا ملَكَ الوَصِيُّ بَيْعَ العُروضِ علىٰ الكبيرِ الغائبِ دونَ العَقارِ، وكذلك يَملِكُ وَصِيُّ الأخِ والأمِّ والعَمِّ بَيْعَ العُروضِ علىٰ الكبيرِ، ثم إذا حضَر الغائبُ وأراد أخْذَ نصيبِه، هل يُكلَّفُ إعادةَ البيِّنةِ أنها كانت لأبيه أمْ لا؟

فعلىٰ ظاهرِ الروايةِ: لا يُكلَّفُ إعادةَ البيِّنةِ. كذا ذكَر فخرُ الإسلامِ وغيرُه، وقد نصَّ الخَصَّافُ عليه في «أدب القاضي»[1]؛ لأن بيِّنةَ الحاضرِ كانت له ولأخيه الغائبِ؛ لأن أحدَ الورثةِ يَنتصِبُ خَصْمًا عن الباقين فيما يُستَحقُّ له وعليه، إلا أنه لم يُظْهِرْ دَعْوَاه، فإذا ظهرَتْ [٥/٣٤٤و/م] دعواه؛ قُضِيَ له، كما قال أبو حنيفةَ في قَتلِ الخطأِ إذا أقام الحاضرُ البيِّنةَ، ثم حضَر الغائبُ؛ لا يَحتاجُ إلىٰ إعادةِ البيِّنةِ،

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/٣٧٧].

إِلَىٰ الْحِفْظِ وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ، بِخِلَافِ الْعَقَارِ لِأَنَّهَا مُحَصَّنَةٌ بِنَفْسِهَا وَلِهَذَا يَمْلِكُ الْوَصِيُّ بَيْعَ الْمَنْقُولِ عَلَىٰ الْكَبِيرِ الْغَائِبِ دُونَ الْعَقَارِ، وَكَذَا حُكْمُ وَصِيِّ الْأُمِّ وَالْأَخِ وَالْعَمِّ عَلَىٰ الصَّغِيرِ.

وَقِيلَ: الْمَنْقُولُ عَلَىٰ الْخِلَافِ أَيْضًا، وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ أَظْهَرُ؛ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ الْحِفْظِ، ....

غاية البيان

ويَأْخُذُ نِصْفَ الدِّيَةِ، فكذلك ههنا.

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في شرحِه لـ«الجامع الصغير»: «وقال بعضُهم على قياسِ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله: يَنْبَغِي أنْ يُكلَّفَ إعادةَ البَيِّنَةِ؛ لأن تلك البَيِّنَةِ كانت للحاضرِ خاصَّةً، كما قال في بابِ القِصَاصِ: إذا أقام الحاضرُ البَيِّنَةَ أن فلانًا قتَلَ أباه عمدًا، ثم حضَر الغائبُ؛ يَحْتَاجُ إلىٰ إقامةِ البَيِّنَةِ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ، فكذلك ههنا».

قولُه: (وَالنَّزْعُ أَبْلَغُ فِيهِ)، أي: نزْعُ المنقولِ من يدِ[1] المُدَّعَىٰ عليه أبلَغُ في الحِفْظِ مِن التركِ في يدِه؛ لأنه ربَّما يَتَصَرَّفُ فيه؛ لأنه ثبَتَ خيانتُه بجحودِه، فكان النزْعُ أبلغَ؛ لأنه إذا وُضِعَ في يدِ أمينٍ بقِيَ محفوظًا.

قولُه: (وَقِيلَ: الْمَنْقُولُ عَلَىٰ الْخِلَافِ أَيْضًا)، يَعْنِي: لا يُؤخَذُ نصيبُ الغائبِ مِن يدِ المُدَّعَىٰ عليه علىٰ قولِ أبي حنيفةَ رحمه الله خلافًا لهما.

قال الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله»: «وأمَّا المنقولُ: فلا شكَّ أنْ علىٰ قولِهما يُؤخَذُ نصيبُ الغائبِ مِن يدِه، ويُوضَعُ علىٰ يَدَيْ عدْلٍ [٢/٢٤٤و]، واختلَف المشايخُ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ، قال بعضُهم: لا يُنْزَعُ مِن يدِه، وقال بعضُهم: يُنْزَعُ مِن يدِه».

قولُه: (وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ أَظْهَرُ؛ لِحَاجَتِهِ إِلَىٰ الْحِفْظِ)، يعني: أن قولَ أبي حنيفةَ رحمه الله في المنقولِ أظهرُ مِن قولِه في العَقارِ؛ لأن المنقولَ يَحْتَاجُ إلىٰ الحِفْظِ،

(١) وقع بالأصل: «في يد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَإِنَّمَا لَا يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ؛ لأنه إِنْشَاءُ خُصُومَةٍ، وَالْقَاضِي إِنَّمَا نُصِبَ لِقَطْعِهَا، لَا لِإِنْشَائِهَا.

وَإِذَا حَضَرَ الْغَائِبُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى إِعَادَةِ الْبَيِّنَةِ وَيُسَلَّمُ النِّصْفُ إِلَيْهِ بِذَلِكَ الْقَضَاءِ لِأَنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنْ الْبَاقِينَ فِيمَا يَسْتَحِقُّ لَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا لِأَنَّ الْمَقْضِيَّ لَهُ وَعَلَيْهِ إِنَّمَا هُوَ الْمَيِّتُ [٤٧/و] فِي الْحَقِيقَةِ وَوَاحِدٌ مِنْ الْوَرَثَةِ يَصْلُحُ خَلِيفَةً عَنْهُ فِي ذَلِكَ، بِخِلَافِ الِاسْتِيفَاءِ لِنَفْسِهِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ فِيهِ لِنَفْسِهِ فَلَا يَصْلُحُ نَائِبًا عَنْ غَيْرِهِ، وَلِهَذَا لَا يَسْتَوْفِي إِلَّا نَصِيبَهُ وَصَارَ كَمَا إِذَا قَامَتْ

غاية البيان

فإذا لم يُنْزَعْ مِن يدِه؛ كان مَضْمُونًا عليه، وإذا نُزِعَ منه؛ لم يَبْقَ مَضْمُونًا عليه، وكان الحِفْظُ في عدمِ النزْعِ أكثرَ.

قولُه: (وَإِنَّمَا لَا يُؤْخَذُ الْكَفِيلُ؛ لِأَنَّهُ إِنْشَاءُ خُصُومَةٍ، وَالْقَاضِي إِنَّمَا نُصِبَ لِقَطْعِهَا[١]، لَا لِإِنْشَائِهَا)، يَعْنِي: لا يُؤخَذُ الكَفِيلُ مِن صاحبِ اليدِ إذا لم يُنْزَعْ نصيبُ الغائبِ مِن يدِه؛ لأنه يُفْضِي إلى إنشاءِ الخُصُومةِ؛ لأنه ربَّما لا يُسَامِحُ في إعطاءِ الكَفِيلِ مِن صاحبِ اليدِ، والأخُ الحاضرُ يُطَالِبُه به، فتنْشَأُ الخُصُومةُ، والقاضي نُصِبَ لقَطْعِ الخُصُومةِ ورَفْعِها، لا لإثباتِها، بخلافِ سائرِ الصُّوَرِ التي يُؤخَذُ الكَفِيلُ فيها؛ لأن الخُصُومةَ قد تقدمَتْ ثَمَّةَ، وأخْذُ [٥/٣٤٤ظ/م] الكَفِيلِ رَفْعٌ لها.

قولُه: (بِخِلَافِ الِاسْتِيفَاءِ نَفْسِه)، يعني: أن أحدَ الورثةِ يَنْتَصِبُ خصمًا عن الباقين؛ لأن المَقْضِيَّ له وعليه في الحقيقةِ هو الميِّتُ، فكان أحدُ الورثةِ نائبًا عنه في القضاءِ له وعليه، وليس كذلك الاِسْتِيفَاءُ؛ لأن المُسْتَوْفِي عاملٌ لنَفْسِه، فلا يَصْلُحُ أنْ يُجْعَلَ نائبًا عن الغيرِ.

فلَمَّا لم يَصْلُحْ نائبًا في حقِّ الاِسْتِيفَاءِ؛ لَمْ يَسْتَوفِ إلا نصيبَ نفْسِه مِن الدَّارِ،

---

(١) وقع بالأصل: «القطعها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الْبَيِّنَةُ بِدَيْنِ الْمَيِّتِ، إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الْكُلِّ عَلَىٰ أَحَدِ الْوَرَثَةِ، إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي يَدِهِ. ذَكَرَهُ فِي الْجَامِعِ لِأَنَّهُ لَا يَكُونُ خَصْمًا بِدُونِ الْيَدِ فَيَقْتَصِرُ الْقَضَاءُ عَلَىٰ مَا فِي يَدِهِ.

غاية البيان

كما إذا أثبتَ أحدُ الورثةِ دَيْنًا على إنسانٍ للميِّتِ؛ يَثْبُتُ الدَّيْنُ في حقِّ الكُلِّ، ولكن بالاتِّفاقِ يُدْفَعُ إلى الحاضرِ نصيبُه مُشاعًا غيرَ مقسومٍ.

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ إِنَّمَا يَثْبُتُ اسْتِحْقَاقُ الْكُلِّ عَلَىٰ أَحَدِ الْوَرَثَةِ، إِذَا كَانَ الْكُلُّ فِي يَدِهِ)، استثناءٌ مِن قولِه: **(لِأَنَّ أَحَدَ الْوَرَثَةِ إِنَّمَا يَنْتَصِبُ خَصْمًا عَنِ الْبَاقِينَ فِيمَا يُسْتَحَقُّ لَهُ وَعَلَيْهِ)**.

يَعْنِي: إنما يَنْتَصِبُ أحدُ الورثةِ خصمًا عن الباقينَ في الاسْتِحْقَاقِ عليه في حقِّ الكُلِّ؛ إذا كان الكُلُّ في يدِه، وإلا فلا يَنْتَصِبُ خَصمًا في حقِّ الكُلِّ.

ألا تَرَىٰ إلى ما قال في **«الجامع الكبير»** في بابِ **«الشهادة في المواريث»**[1]: «ولو مات وترَكَ دارًا وثلاثةَ بَنِينَ، وابنانِ غائبان، والدَّارُ في يدِ الحاضرِ، فادَّعىٰ رجلٌ الدَّارَ على الحاضرِ، فقصَّ عليه القصَّةَ، وقال: مات والِدُنا، وأَخَذَ أخوايَ فلانٌ وفلانٌ نصيبَهما، وأودَعاني وغَابا.

وقال المُدَّعِي: كانت دارِي في يدِ أبيكم، وإني أعلَمُ أن الغائبَيْنِ قَبَضا ثُلُثَيِ الدَّارِ شائعًا، وأودَعا عندَك، لكن أنا أُقِيمُ البيِّنةَ أنها دارِي؛ تُقْبَلُ بيِّنتُه، وذو اليدِ خَصْمٌ؛ لأن أحدَ الورثةِ يَنْتَصِبُ خَصمًا عن الميِّتِ فيما يُدَّعىٰ عليه.

فإنْ حضَر الغائبان وصَدَّقاه في الإِرْثِ، وجحَدا حقَّ المُدَّعِي؛ فالقضاءُ ماضٍ، وإنْ كذَّباه وقالا: لم نَرِثْ مِن أَبِينا شيئًا، لكنَّ ثُلُثَي الدَّارِ لنا، لا بطريقِ

(١) باب «الشهادة في المواريث»: ساقط مِن القدْرِ المطبوعِ مِن «الجامع الكبير»، ولَمْ نظفَر به في مظانِّه مِن بعضِ النُّسَخِ الخَطِّيَّةِ أيضًا.

وَمَنْ قَالَ: مَالِي فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةٌ ؛ فَهُوَ عَلَىٰ مَا فِيهِ الزَّكَاةُ ، وَإِنْ أَوْصَىٰ بِثُلُثِ مَالِهِ فَهُوَ عَلَىٰ كُلِّ شَيْءٍ) وَالْقِيَاسُ أَنْ يَلْزَمَهُ التَّصَدُّقُ بِالْكُلِّ ، وَبِهِ قَالَ زُفَرُ لِعُمُومِ اسْمِ الْمَالِ كَمَا فِي الْوَصِيَّةِ .

غاية البيان

الْإِرْثِ مِن أبينا ، يُقالُ للمُدَّعِي: أَعِدْ بيِّنَتك عليهما في ثُلُثَيِ الدَّارِ ؛ لأن ذلك على غيرِ الخَصْمِ ؛ لأن إقرارَ الحاضرِ يَعملُ في حقِّه ، لا في حقِّ الغائبَيْنِ» .

قال العَتَّابِيُّ: «قال مشايخُنا: هذا إذا لم تكُنِ الدَّارُ مقسومةً ، فأمَّا إذا اقتسَمُوا ، فأودَعَ ابنان نصيبَهما الحاضرَ وغابا ؛ لا تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المُدَّعِي [٥/٣٤٥و/م] في نصيبِهما على الحاضرِ ، والتحَقَ هذا بسائرِ أموالِهما ، فلا يَكُونُ الحاضرُ خَصمًا عنهما ، بخلافِ ما قبلَ القِسْمَةِ ؛ لأنه مُبقًّى على حُكْمِ مِلْكِ الميِّتِ على ما عُرِف .

ولو كان ثُلثا الدَّارِ في يدِ رجلٍ آخرَ مقسومٌ ، أوْ غيرُ مقسومٍ ، أودَعَ عندَه الغائبان ، وهو مُقِرٌّ بأنها وَدِيعَةٌ للغائبَيْنِ ميراثٌ مِن أبيهما ؛ لَمْ يَكُنْ خصمًا للمُدَّعِي ، وكذلك الابنُ الحاضرُ لا يَكُونُ خَصْمًا له في ذلك ؛ لأن الوَارِثَ إنما يَكُونُ خَصْمًا للمُدَّعِي على الميِّتِ فيما في يدِه ، لا فيما في يدِ غيرِه» .

وقال الأُسْتَرُوشَنِيُّ في [٢/٢٤٤ظ] «**الفصل الخامس**» مِن «**الفصول**»: «فالحاصلُ أن أحدَ الورثةِ يَنْتَصِبُ خَصمًا عن الميِّتِ في عينٍ هي في يدِ ذلك الوَارِثِ ، لا في عينٍ ليس في يدِه ، حتَّىٰ إن مَنِ ادَّعَىٰ عينًا مِن التركةِ ، وأحضرَ وارثًا ليس ذلك العينُ في يدِه ؛ لا تُسْمَعُ دعواه ، وفي دَعْوَى الدَّيْنِ: أحدُ الورثةِ يَنْتَصِبُ خَصمًا عن الميِّتِ وإنْ لم يَكُنْ في يدِه شيءٌ مِن التركةِ . كذا ذكَر في «**المحيط**» و«**الذخيرة**» . . .» .

قولُه: (وَمَنْ قَالَ: مَالِي فِي الْمَسَاكِينِ صَدَقَةٌ ؛ فَهُوَ عَلَىٰ مَا فِيهِ الزَّكَاةُ) .

وصورةُ المسألةِ في «**الجامع الصغير**»: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵁

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ إِيجَابَ الْعَبْدِ مُعْتَبَرٌ بِإِيجَابِ اللهِ تَعَالَىٰ فَيَنْصَرِفُ إِيجَابُهُ إِلَىٰ مَا أَوْجَبَ الشَّارِعُ فِيهِ الصَّدَقَةَ مِنَ الْمَالِ.

غاية البيان

قال: إذا قال الرَّجلُ: مالي في المساكينِ صدقةٌ، فهذا على ما يَكُونُ فيه الزكاةُ[1]، وقال: إذا أوصَىٰ رَجلٌ بثُلثِ مالِه؛ فهذا على كلِّ شيءٍ»[2]. إلى هنا لفظُ أصْلِ «الجامع الصغير».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وهذا استحسانٌ أخَذَ به علماؤُنا الثلاثةُ، والقياسُ: أنْ يَلْزَمَهُ التصدُّقُ بجميعِ مالِه، وهو قولُ زُفَرَ، وكذا إذا قال: ما أمْلِكه؛ فهو على ما يَكُونُ فيه الزكاةُ، وبه صَرَّح في كتابِ «**الهِبَة**».

قال في «**الشامل**» في قسمِ «**المبسوط**» في «**باب الصَّدَقَة**»: «قال: جميعُ ما أمْلِكُ في المساكينِ صدقةٌ؛ يَتَصَدَّقُ بجميعِ ما يَمْلِكُ مِن أموالِ الزكاةِ استحسانًا».

وقال الفقيهُ أبو الليثِ في «شرح الجامع الصغير»: «ذكر أبو يوسفَ في «**الأمالي**» ـ حكَاه عن أبي حنيفةَ وعن نفْسِه ـ أنه إذا قال: مالي في المساكينِ صدقةٌ؛ انصرفَ إلى مالِ الزكاةِ، وإذا قال: ما أمْلِكُ صدقةٌ؛ انصرَف إلى جميعِ الأموالِ، وفي قولِ مالكٍ: يَتَصَدَّقُ [٥/٣٤٥ظ/م] بثُلثِ مالِه[3]، وفي قولِ الشَّافعيِّ ﷺ: عليه كفَّارةُ اليَمِينِ[4]. ورُوِيَ عن الشَّعْبِيِّ أنه لا يَجِبُ عليه شيءٌ». إلى هنا لفْظُ الفقيهِ في «**شرحه**».

وجهُ القياسِ: أن المالَ اسمٌ عامٌّ يَتَناوَلُ ما يَجِبُ الزكاةُ فيه، وما لا تَجِبُ فيه

---

(١) وقع بالأصل: «في الزكاة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«فتح»، و«غ»، و«ط».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٨].

(٣) ينظر: «المدونة» لسحنون [١/٥٧٤]، و«منح الجليل» لعُلَيْش [٣/١٢٥]. و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٣/٩٤].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٦/٦٧١]، و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/١٥٢]، و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٥/٤٥٧].

أَمَّا الْوَصِيَّةُ فَأُخْتُ الْمِيرَاثِ لِأَنَّهَا خِلَافَةٌ كَهِيَ فَلَا يَخْتَصُّ بِمَالٍ دُونَ مَالٍ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ الْتِزَامُ الصَّدَقَةِ مِنْ فَاضِلِ مَالِهِ وَهُوَ مَالُ الزَّكَاةِ، أَمَّا الْوَصِيَّةُ تَقَعُ فِي حَالِ الِاسْتِغْنَاءِ فَيَنْصَرِفُ إِلَى الْكُلِّ وَتَدْخُلُ فِيهِ الْأَرْضُ الْعُشْرِيَّةُ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ - رحمه الله - لِأَنَّهَا سَبَبُ الصَّدَقَةِ، إِذْ جِهَةُ الصَّدَقَةِ فِي الْعُشْرِيَّةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ - رحمه الله - لَا تَدْخُلُ لِأَنَّه سَبَبُ الْمُؤْنَةِ، إِذْ جِهَةُ الْمُؤْنَةِ رَاجِحَةٌ عِنْدَهُ، وَلَا تَدْخُلُ أَرْضُ الْخَرَاجِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهُ يَتَمَحَّضُ مُؤْنَةً.

غاية البيان

الزكاةُ، فيَنْصَرِفُ النذرُ إلى الكُلِّ، كما لو أوصَى بثُلثِ مالِه؛ يَنْصَرِفُ إلى الكُلِّ، ولا يَخْتَصُّ بما فيه الزكاةُ، ألا تَرىٰ إلى قولِه تَعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] حيثُ يَتَناولُ الأموالَ كلَّها، وكذا قولُه ﷺ: «مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ»(١).

ووجهُ الاستحسانِ: أن نذْرَه انصَرف إلى مُطلَقِ المالِ، والمالُ المُطْلَقُ يُرادُ به: مالُ الزكاةِ، والتجارةِ، والسَّوائمِ؛ بدليلِ أن رجلًا لو حلَف باللهِ: ما لَه مالٌ؛ فإن يَمينَه يَنْصَرِفُ إلى مالِ الزكاةِ من الدراهمِ والدنانيرِ، ومالِ التِّجارةِ والسَّوائمِ، فكذا هنا(٢).

ولأن إيجابَ العبدِ مُعْتَبَرٌ بإيجابِ اللهِ تَعالى، ثم إيجابُ اللهِ تَعالى الصَّدَقَةَ في مُطْلَقِ المالِ يَنْصَرِفُ إلى مالِ الزكاةِ، فكذا إيجابُ العبدِ، قال تَعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ صَدَقَةً﴾ [التوبة: ١٠٣]. والصَّدَقَةُ لا تُؤخَذُ مِن جميعِ المالِ، بخلافِ الوَصِيَّةِ، فإنا لم نَجِدْ فيها نصًّا مقيَّدًا بمالِ الزكاةِ؛ فانصرفَتْ إلى مُطْلَقِ المالِ.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس/ باب الصلاة على من ترك دَيْنًا [رقم/ ٢٢٦٨]، ومسلم في كتاب الفرائض/ باب من ترك مالا فلورثته [رقم/ ١٦١٩]، من حديث أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه.

(٢) مسألةُ اليمين: ذكَرها أبو الليث الفقيه. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

وَلَوْ قَالَ مَا أَمْلِكُهُ صَدَقَةٌ فِي الْمَسَاكِينِ فَقَدْ قِيلَ يَتَنَاوَلُ كُلَّ مَالٍ لِأَنَّهُ أَعَمُّ مِنْ لَفْظِ الْمَالِ.

غاية البيان

ولأن الوَصِيَّةَ أختُ المِيرَاثِ؛ لأنها تمليكٌ مُضافٌ إلى ما بعدَ الموتِ، والمِيرَاثُ لا يَخْتَصُّ بمالِ الزكاةِ، فكذلك الوَصِيَّةُ.

ووجهُ ما قال في كتابِ «**الهِبة**» ـ في قولِه: (**مَا أَمْلِكُ**) ـ: أن المِلْكَ عبارةٌ عن المالِ، فكان ذِكْرَ المِلْكِ كذِكْرِ المالِ، فانصرَفَ إلى ما فيه الزكاةُ استحسانًا.

ووجهُ رواية «الأمالي»: أن المِلْكَ أعمُّ مِن المالِ؛ لأن المِلْكَ قد يَقَعُ على غيرِ المالِ أيضًا، كَالنِّكَاحِ، والقِصَاصِ، والخمرِ، فإذا خرَج كلامُه على العمومِ؛ انصرَفَ إلى عمومِ المالِ.

وَوَجْهُ قولِ مالكٍ ﷺ: الاعتبارُ بالوصيَّةِ، فإن الإجحافَ [٢/٢٤٥و] غيرُ مَشْرُوعٍ، وأوسَعُ التبرعاتِ: الوَصِيَّةُ، وهي مقدَّرةٌ بالثلثِ.

وَوَجْهُ قولِ الشَّافعيِّ ﷺ: قولُه ﷺ: «**النَّذْرُ يَمِينٌ، وَكَفَّارَتُهُ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ**»[1].

ووَجْهُ قولِ الشَّعْبِيِّ ﷺ: أنه ارتكَب النهيَ؛ لأن الله تَعالى قال لنبيِّه ﷺ: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ﴾ [الإسراء: ٢٩].

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ: أبو يعلى في «مسنده» [رقم/ ١٧٤٤]، من حديث: عقبة بن عامر ﷺ به. وأصْلُه عند مسلم في «صحيحه» في كتاب النذر/ باب من نذر أن يمشي إلى الكعبة [رقم/ ١٦٤٥]، وأبو داود في كتاب الأيمان والنذور/ باب من نذر نذرا لم يسمه [رقم/ ٣٣٢٣]، والترمذي في كتاب النذور والأيمان عن ﷺ/باب ما جاء في كفارة النذر إذا لم يسم [رقم/ ١٥٢٨]، والنسائي في «سننه» في كتاب الأيمان والنذور/ باب كفارة النذر [رقم/ ٣٨٣٢]، وغيرهم من حديث عقبة بن عامر ﷺ بلفظ: «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ**». وهو عند الترمذي بلفظ: «**كَفَّارَةُ النَّذْرِ إِذَا لَمْ يُسَمِّ كَفَّارَةُ يَمِينٍ**».

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح غريب».

وَالْمُقَيَّدُ: إيجَابُ الشَّرْعِ وَهُوَ مُخْتَصٌّ بِلَفْظِ الْمَالِ فَلَا مُخَصِّصَ فِي لَفْظِ الْمِلْكِ فَبَقِيَ عَلَى الْعُمُومِ، وَالصَّحِيحُ أَنَّهُمَا سَوَاءٌ لِأَنَّ الْمُلْتَزِمَ بِاللَّفْظَيْنِ الْفَاضِلُ عَنْ الْحَاجَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَىٰ مَا دَخَلَ تَحْتَ الْإِيجَابِ؛ يُمْسِكُ مِنْ ذَلِكَ

غاية البيان

ثم الأراضي الخَرَاجِيَّةُ لا تَدْخُلُ في الإيجابِ فيما أُرِيدَ به مالُ الزكاةِ؛ لأنها ليستْ مِن مالِ الزكاةِ.

واختلَف [٥/٣٤٦و/م] أبو يوسفَ ومحمد ﷺ في الأراضي العُشْرِيَّةِ، فقال أبو يوسفَ: تَدْخُلُ؛ لأنها مِن أسبابِ الصَّدَقةِ، وهي العُشْرُ.

وقال محمَّدٌ: لا تَدْخُلُ؛ لأنها مِن أسبابِ المؤنةِ، مِثْلُ عبْدِ الخدمةِ.

وحاصلُ ذلك: أن جهةَ المؤنةِ غالبةٌ عندَ محمَّدٍ، وجهةُ الصَّدَقَةِ عندَ أبي يوسفَ. والاختلافُ في «النوادر». كذا ذكَر فخرُ الإسلامِ.

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[(١)]: «ورُوِيَ عن أبي حنيفةَ أنه قال: تَدْخُلُ أرضُ العُشْرِ؛ لأنها مِن جنسِ مالِ الزكاةِ».

وقال في «شرح الطَّحَاوِيِّ» أيضًا: «فأمَّا في لفْظِ الهَدْيِ، نحوُ أنْ يَقُولَ: للهِ عَلَيَّ أنْ أُهْدِيَ جميعَ مالي، أوْ قال: جميعَ مِلْكِي، أوْ حلَف به، فقال: إنْ فعلْتُ كذا؛ فلِلَّهِ عَلَيَّ أنْ أُهْدِيَ جميعَ مالي؛ يَدْخُلُ فيه جميعُ ما يَمْلِكُ وَقْتَ اليَمِينِ ووقْتَ النذْرِ، فيَجِبُ أنْ يُهْدِيَ ذلك كلَّه إلا قَدْرَ قُوتِه، فإنِ استفَاد آخرَ أَهْدَىٰ بمِثْلِه.

قولُه: (وَالْمُقَيَّدُ: إيجَابُ الشَّرْعِ)، بكَسْرِ الياءِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إشارةٌ إلىٰ ما ذكَر مِن وَجْهِ الاستحسانِ.

قولُه: (ثُمَّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ سِوَىٰ مَا دَخَلَ تَحْتَ الْإِيجَابِ؛ يُمْسِكُ مِنْ ذَلِكَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسبيجابي [ق/ ٤١٧].

قُوتَهُ، ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمَا أَمْسَكَ؛ لِأَنَّ حَاجَتَهُ هَذِهِ مُقَدَّمَةٌ وَلَمْ يُقَدِّرْه لِاخْتِلَافِ أَحْوَالِ النَّاسِ.

وَقِيلَ الْمُحْتَرِفُ يُمْسِكُ قُوتَهُ لِيَوْمٍ وَصَاحِبُ الْغَلَّةِ لِشَهْرٍ وَصَاحِبُ الضِّيَاعِ لِسَنَةٍ عَلَى حَسَبِ التَّفَاوُتِ فِي مُدَّةِ وُصُولِهِمْ إِلَى الْمَالِ، وَعَلَى هَذَا صَاحِبُ التِّجَارَةِ يُمْسِكُ بِقَدْرِ مَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مَالُهُ.

قال: وَمَنْ أُوصِيَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالوِصَايَةِ حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرِكَةِ؛ فَهُوَ وَصِيٌّ، وَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَكِيلِ حَتَّى يَعْلَمَ.

غاية البيان

قُوتَهُ، ثُمَّ إِذَا أَصَابَ شَيْئًا تَصَدَّقَ بِمَا أَمْسَكَ)، وذلك لأن حاجةَ نَفْسِه أهمُّ وأقدَمُ، ولم يُبَيِّنْ محمَّدٌ ﷺ مقدارَ القُوتِ؛ لأن ذلك يَخْتَلِفُ بقلَّةِ العيالِ وكثرتِه.

وقيل: إنْ كان مُحترفًا يُمْسِكُ قُوتَ يومِه، وإنْ كان صاحبَ غَلَّةٍ يُمْسِكُ قُوتَ شهرٍ، وإنْ كان صاحبَ ضِياعٍ يُمْسِكُ قُوتَ سَنَةٍ، وإنْ كان مِن التُّجَّارِ يُمْسِكُ مقدارَ ما يَرْجِعُ إليه مالُه؛ لأن يدَ الدُّهْقانِ إلى ما يُنْفِقُ إنما يَصِلُ سَنَةً فسَنَةً، ويَدُ صاحبِ الغَلَّةِ شهرًا فشهرًا، ويدُ العاملِ يومًا فيومًا. كذا ذكَر الصدرُ الشهيدُ وغيرُه في «شروح الجامع الصغير».

وأراد بصاحبِ الغَلَّةِ: صاحبَ الدُّورِ والحَوَانِيتِ التي يُؤَاجِرُها.

قولُه: (وَمَنْ أُوصِيَ إِلَيْهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالوِصَايَةِ[1] حَتَّى بَاعَ شَيْئًا مِنَ التَّرِكَةِ؛ فَهُوَ وَصِيٌّ، وَالْبَيْعُ جَائِزٌ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْوَكِيلِ حَتَّى يَعْلَمَ).

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵀: في الرَّجُلِ يَمُوتُ، فيُوصِي إلى رجلٍ، ولا يَعْلَمُ أنه أوْصَى إليه، فيَبِيعُ شيئًا وهو

(١) أشار في حاشية: «ن»: إلى أنه وقع في بعض النُّسَخ: «بالوصية»، بدل: «بالوِصَايَةِ». وهو الموافق لما وقع في: «م».

....

[٥/٣٤٦ظ/م] لا يَعْلَمُ بالوصيَّةِ، قال: جائزٌ وهو وَصِيٌّ، وقال في الوَكِيلِ: لا يَجُوزُ بَيْعُه حتَّىٰ يَعْلَمَ أنه وَكِيلٌ، فإذا أعلَمه إنسانٌ فباع؛ فهو جائزٌ، ولا يَكُونُ نَهْيًا عن الوَكَالَةِ حتَّىٰ يَشْهَدَ عندَه شاهدان، أوْ رَجلٌ عَدْلٌ»(١). إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصْلِ «**الجامع الصغير**»، والمسألةُ الأُولَىٰ مِن الخواصِّ، ولم يَذْكُرْ في «**الجامع الصغير**» قولَهما كما ترَىٰ.

وقد ذكرُوا في «**شُروح الجامع الصغير**»: أن عندَهما: يَثْبُتُ العزْلُ بخبرِ الواحدِ، سواءٌ كان عدلًا، أوْ فاسقًا، أوْ عبْدًا، أوْ حُرًّا، أوْ غيرَ ذلك كَالوَكَالَةِ.

قال صاحبُ «الهداية»: (**وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَيْضًا**).

يعني [٢/٢٤٥ظ]: لا يَجُوزُ بَيْعُ الوَصِيِّ أيضًا قبلَ العِلْمِ بالوِصَايةِ؛ اعتبارًا بِالوَكَالَةِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما نيابةٌ، لكن الوَكَالةَ قبلَ الموتِ، وتلك بعدَ الموتِ.

ورَوَىٰ فخرُ الدِّينِ قاضي خان عن أبي يوسف ﵀ بخلاف هذا، فقال في «**شرح الجامع الصغير**»: وعن أبي يوسفَ: أن الوَكَالةَ بمنزلةِ الوِصَايةِ، ولا يُشْتَرطُ فيها العِلْمُ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما إثباتُ الولايةِ(٢)، والفرقُ بينَهما على ظاهرِ **الروايةِ**: أن الوِصَايةَ خلافةٌ لا نيابةٌ، والخلافةُ تَثْبُتُ بدونِ العِلْمِ كالإرْثِ، ولهذا إذا باع الوَارِثُ شيئًا مِن التركةِ؛ تَصِحُّ قبلَ العِلْمِ، فكذا الوَصِيُّ، إلا أن الخلافةَ في الوِصَايةِ بالاستخلافِ، وفي الْإِرْثِ لا بالاستخلافِ.

وليس كذلك الوَكِيلُ، فإنَّ تصرُّفَه بحُكْمِ النِّيابةِ، لا بحُكْمِ الخلافةِ، ولهذا

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٨ - ٣٩٩].

(٢) في: «ض»: «إثباتُ الوصاية».

. . . .

﴿ غاية البيان ﴾

يُبطلُ الوَكَالَةَ بالموتِ، فإذا كان الوَكِيلُ نائبًا؛ لا يَثْبُتُ تصَرُّفُه قبلَ العِلْمِ؛ لأن الوَكِيلَ مُتَبَرِّعٌ بالمنافعِ، ولا يُتصَوَّرُ التبرُّعُ بدونِ العِلْمِ، بخلافِ الوِصَايةِ؛ لأن الوَصِيَّ يخْلُفُ المُوصِيَ عندَ خُلُوِّ مكانِه، كالوارِثِ يخْلُفُ المُورِثَ عندَ خُلُوِّ مكانِه، ولا حاجةَ إلىٰ العِلْمِ، ولأن التَّوْكِيلَ والعَزْلَ أمْرٌ ونَهْيٌ، فيُعْتَبرُ أوامرُ العبادِ ونَوَاهِيهِم بأوامرِ اللهِ تَعالىٰ ونَوَاهيه، ولا يَلْزَمُ ذلك إلا بعدَ العِلْمِ والسماعِ، فكذا هذا، ولهذا لَمْ يُؤْمَرْ بالإعادةِ مَن صلَّىٰ مِن أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ إلىٰ بيتِ المقدسِ بعدَما حُوِّلَتِ القبلةُ إلىٰ الكعبةِ قبلَ العِلْمِ، وإذا صار وَصِيًّا قبلَ العِلْمِ؛ لزمتِ الوِصَايةُ حُكْمًا؛ لنفاذِ البَيْعِ، حتَّىٰ [٥/٣٤٧م] لا يَجُوزَ رَدُّ الوِصَايةِ بعدَ ذلك.

وهذه [المسألةُ تكرَّر][(١)] ذِكْرُها، وسوفَ يَجِيءُ ذلك في آخرِ الكتابِ في بَيْعِ الأوْصياءِ، وهذا الذي ذكَره مِن عدمِ جوازِ التصَرُّفِ قبلَ العِلْمِ بِالوَكَالَةِ: إذا ثبتَتْ مقصودةً.

وكذلك إذْنُ الصبيِّ والعبدِ بالتجارةِ، إنْ كان قصْدًا: لا يَثْبُتُ بدونِ العِلْمِ؛ لأن الإذْنَ مِن الأَذَانِ بمعنىٰ: الإعلامِ، والإعلامُ لا يُتصَوَّرُ بدونِ العِلْمِ.

أمَّا إذا ثبتَتِ الوَكَالَةُ في ضِمْنِ أمْرِ الحاضرِ بالتصَرُّفِ: ففيه روايتان: نحوُ أن قال المُوَكِّلُ لرجلٍ: اذهبْ بعبدي إلىٰ فلانٍ، فيَبِيعَه فلانٌ منك، فذهَب الرجلُ بالعبدِ إليه، وأخبَره أن صاحبَ العبدِ أمرَه [أنْ][(٢)] يَبِيعَه، فاشتراه؛ صحَّ شراؤُه منه.

وإنْ لَمْ يُخْبِرْه بذلك واشتراه منه: ذكَرَ محمَّدٌ في كتابِ «الوَكالة»: أن البَيْعَ جائزٌ، وجعلَ معرفةَ المُشْتَرِي بالتوكيلِ كمعرفةِ البائعِ، وذكَرَ في كتابِ «الزيادات»: أنه لا يَجُوزُ البَيْعُ، وذكَر في «المَأْذُون الكبير»: ما يَدُلُّ علىٰ جوازِ البَيْعِ، وهو أنْ

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «مسألة مكررة».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

يقولَ الْمَوْلَىٰ لقوم: بايِعُوا عبْدِي، فإنِي قد أذِنْتُ له في التِّجارةِ، فبايَعوه؛ جاز وإنْ لَمْ يَعْلَمِ العبدُ بإذْنِ الْمَوْلَىٰ[1]. كذا في «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وأمَّا العَزْلُ القَصْدِيُّ: لا يَصِحُّ بدونِ العِلْمِ، والحُكْمِيُّ: يَصِحُّ بدونِ العِلْمِ، كما إذا مات المُوَكِّلُ ونحوُ ذلك، وكذلك الحَجْرُ.

ثم إثباتُ الوَكالةِ يَصِحُّ بخبرِ الواحدِ حُرًّا كان أوْ عبدًا، عدْلًا كان أوْ فاسقًا، رَجُلًا كان أو امرأةً، صبيًّا كان أوْ بالغًا، وكذلك العَزْلُ عندَهما يَثْبُتُ بخبرِ الواحدِ مطلقًا.

وعندَ أبي حنيفةَ ﷺ: يُشْتَرطُ العددُ أو العَدَالةُ، حتَّىٰ لا يَثْبُتَ العَزْلُ عندَه إلا بخبرِ الاثنين، أوْ بخبرِ الواحدِ العدْلِ.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وعلىٰ هذا الخلافِ: مَوْلَىٰ العبدِ الجاني إذا أُخْبِرَ بالجنايةِ، فباعَ أوْ أعتق، هل يَصِيرُ مختارًا للفداءِ؟ وكذا الشَّفِيعُ إذا سكت بعْدَما أُخْبِرَ بالبَيْعِ، وكذا البِكْرُ إذا سكتَتْ بعدَما أُخْبِرَتْ بإنكاحِ الوَلِيِّ.

وكذا الذي أسلَم في دارِ الحربِ، ولَمْ يُهاجِرْ، فأُخْبِرَ بالشرائعِ، وكذا العبدُ المَأْذُونُ إذا أُخْبِرَ بالحَجْرِ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: لا بُدَّ مِن العددِ، أو العَدَالَةِ، حتَّىٰ يَصِيرَ الْمَوْلَىٰ مختارًا [٢/٢٤٦و] للفداءِ، ويَبْطُلُ حقُّ الشَّفيعِ بالسكوتِ، ويَكُونُ السكوتُ رِضًا في البِكْرِ، ويَلْزَمُ [٥/٣٤٧ظ/م] الشرائعُ [علىٰ الذي أسلَم][2].

وعندهما: لا يُشْتَرطُ العددُ والعَدَالةُ[3].

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/ ٤١٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «علىٰ من أسلم».

(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [٨٧/١٦].

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ أَيْضًا لِأَنَّ الْوِصَايَةَ إِنَابَةٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَتُعْتَبَرُ بِالْإِنَابَةِ قَبْلَهُ وَهِيَ الْوَكَالَةُ.

غاية البيان

وَجهُ قولِهما: أن هذا مِن بابِ المُعَامَلاتِ، وليس بشَهادةٍ، ولهذا لا يُشترطُ لفظةُ الشَّهادةِ ومجلسُ القضاءِ، فيُعْتَبرُ خبرُ الواحدِ عدلًا كان أوْ لم يَكُنْ، كما في الوَكالةِ والإذْنِ، وكما إذا كان المُخْبِرُ رسولًا، حيثُ لا يُشْترطُ العددُ والعَدالةُ.

والحاصلُ: أنهما يَعْتَبِران الانتهاءَ بالابتداءِ؛ لأنه لو أُخْبِرَ واحدٌ بالوَكالةِ؛ جاز، فكذا إذا أُخْبِرَ واحدٌ بالعَزْلِ[1].

ووَجهُ قولِ أبي حَنيفَةَ رضي الله عنه: أن الإخبارَ بالعَزْلِ والحَجْرِ ونحوِ ذلك؛ يُشْبِهُ الإخبارَ بالوَكالةِ مِن حيث إنه يَتصَرَّفُ[2] في مِلْكِ نفْسِه، ولهذا لا يُشْترطُ فيه لفظةُ الشَّهادةِ ومجلسُ القضاءِ، ويُشْبِهُ الإلزاماتِ مِن وَجهٍ؛ لأنه يَلْزَمُهُ الامتناعُ مِن التصَرُّفِ، فلو كان إلزامًا مِن كلِّ وَجْهٍ؛ لرُوعِيَ فيه شرائطُ الشَّهادةِ، وهو إلْزامٌ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ، فرُوعِيَ فيه أحدُ وصْفَيِ الشَّهادةِ: وهو العددُ، أو العَدالةُ.

وبهذا فارَق الإخبارَ بالوَكالَةِ؛ لأنه ليس فيها معنَى الإلْزامِ؛ لأن الوَكيلَ مُخَيَّرٌ بيْنَ أنْ يَفْعَلَ، وبينَ ألَّا يَفْعَلَ، فلَمْ يُرَاعَ فيها شرائطُ الشَّهادةِ أصلًا.

وقال فخرُ الدينِ قاضي خان في «شرحه للجامع الصغير»: «وذكَر الطَّحَاوِيُّ والفقيهُ أبو جعفر رحمه الله: أن الوَكالَةَ لا تَثْبُتُ بقولِ الواحدِ الفاسقِ عندَ أبي حنيفةَ، وإنما تَثْبُتُ بتصديقِ الوَكيلِ، حتَّى لو كذَّبه لا يَثْبُتُ، فعلَى هذا: لا فَرْقَ بينَ الوَكالَةِ والعزلِ؛ لأن في العزلِ إذا صَدَّقه يَنْعَزِلُ».

قولُه: (لِأَنَّ الْوِصَايَةَ إِنَابَةٌ)، أي: جَعْلُ الغيْرِ نائبًا مَنابَه.

---

(١) ينظر: «مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر» [٢/١٨١].

(٢) وقع بالأصل: «يتصرف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَوَجْهُ الْفَرْقِ عَلَىٰ الظَّاهِرِ أَنَّ الْوِصَايَةَ خِلَافَةٌ لِإِضَافَتِهَا إِلَىٰ زَمَانِ بُطْلَانِ الْإِنَابَةِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ الْعِلْمِ كَمَا فِي تَصَرُّفِ الْوَارِثِ. [٤٧/ظ]

أَمَّا الْوَكَالَةُ فَإِنَابَةٌ لِقِيَامِ وِلَايَةِ الْمَنُوبِ عَنْهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ الْعِلْمِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَوْ تَوَقَّفَ لَا يَفُوتُ النَّظَرُ لِقُدْرَةِ الْمُوَكِّلِ، وَفِي الْأَوَّلِ يَفُوتُ لِعَجْزِ الْمُوصِي (وَمَنْ أَعْلَمَهُ مِنَ النَّاسِ بِالْوَكَالَةِ يَجُوزُ تَصَرُّفُهُ) لِأَنَّهُ إِثْبَاتُ حَقٍّ لَا إِلْزَامُ أَمْرٍ.

قال: (وَلَا يَكُونُ النَّهْيُ عَنْ الْوَكَالَةِ حَتَّىٰ يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ـ ﷺ ـ، وَقَالَا: هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ مِنَ الْمُعَامَلَاتِ وَبِالْوَاحِدِ فِيهَا كِفَايَةٌ.

غاية البيان

وَلَا يُقَالُ: الإنابةُ لَمْ تُسْتَعْمَلْ فِي كُتُبِ الفقه[1] بهذا المعنى؛ لأن المُسْتَعْمَلَ فيها أنها بمعنى: الرُّجُوعُ إلىٰ الله تَعالىٰ.

لِأَنَّا نَقُولُ: كلُّ ثُلاثيٍّ إذا أُرِيدَ تعْدِيتُه؛ يُعَدَّىٰ بأحدِ الأشياءِ الثلاثةِ: الهمزةِ، والباءِ، والتضعيفِ، وهو القياسُ، ولهذا قال الزَّمَخْشَرِيُّ ﷺ في أوَّلِ سورةِ الرومِ في تفسيرِ قولِه: ﴿فِىٓ أَدْنَى ٱلْأَرْضِ﴾ [الروم: ٣]، «أي: في أدنىٰ أرْضِهم إلىٰ عَدُوِّهم، علىٰ إنابةِ اللامِ منابَ المضافِ إليه»[2].

ثم إذا كان الفعلُ المُعَدَّىٰ بأحدِ هذه الأشياءِ لازمًا: يَكُونُ به مُتعدِّيًا إلىٰ واحدٍ، وإذا كان مُتعدِّيًا إلىٰ واحدٍ: يَكُونُ [به][3] متعدِّيًا إلىٰ اثنين، وإذا كان مُتعدِّيًا إلىٰ اثنين: يَكُونُ به مُتعدِّيًا إلىٰ ثلاثةٍ، فافهم.

---

(١) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «اللغة». بدل: «الفقه». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«ح».

(٢) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٣/٤٦٦].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

وَلَهُ أَنَّهُ خَبَرٌ مُلْزِمٌ فَيَكُونُ شَهَادَةً مِنْ وَجْهٍ فَيُشْتَرَطُ أَحَدُ شَطْرَيْهَا وَهُوَ الْعَدَدُ أَوْ الْعَدَالَةُ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ، وَبِخِلَافِ رَسُولِ الْمُوَكِّلِ لِأَنَّ عِبَارَتَهُ كَعِبَارَةِ الْمُرْسِلِ لِلْحَاجَةِ إِلَى الْإِرْسَالِ.

وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ إِذَا أُخْبِرَ الْمَوْلَى بِجِنَايَةِ عَبْدِهِ وَالشَّفِيعُ وَالْبِكْرُ وَالْمُسْلِمُ الَّذِي لَمْ يُهَاجِرْ.

وَإِذَا بَاعَ الْقَاضِي، أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ، وَأَخَذَ الْمَالَ فَضَاعَ، وَاسْتُحِقَّ الْعَبْدُ؛ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ أَمِينَ الْقَاضِي قَائِمٌ مَقَامَ الْقَاضِي وَالْقَاضِي مَقَامَ الْإِمَامِ

غاية البيان

قولُه: (بِخِلَافِ الْأَوَّلِ)، وهو الإعلامُ [٥/٣٤٨و/م] بِالوَكالَةِ، يعني: ليس فيه معنى الْإِلْزَامِ أصلًا، فلَمْ يُشْتَرطْ فيه العددُ والعَدَالَةُ.

قولُه: (وَإِذَا بَاعَ الْقَاضِي، أَوْ أَمِينُهُ عَبْدًا لِلْغُرَمَاءِ، وَأَخَذَ الْمَالَ فَضَاعَ، وَاسْتُحِقَّ الْعَبْدُ؛ لَمْ يَضْمَنْ)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﵀: في الرَّجُلِ يَمُوتُ وعليه دَيْنٌ مئةُ درهمٍ لرجلٍ، وله عبدٌ يُسَاوِي مئةَ درهمٍ، فيرفَعُ الغَرِيمُ الوَصِيَّ إلى القاضي، فيأمُرُ بالبيعِ للغَرِيمِ في دَيْنِه، فيَبيعُه بمئةِ درهمٍ، فيَقْبِضُ الوَصِيُّ الثَّمَنَ فيهلِكُ، ثم يُسْتَحقُّ العبدُ مِن يدِ الْمُشْتَرِي. قال: يَرْجِعُ المشتري بالثَّمَنِ على الوَصِيِّ، ويَرْجِعُ الوَصِيُّ على الغَرِيمِ، ولو كان الذي باعه أمينُ القاضي، أو القاضي؛ رَجَعَ الْمُشْتَرِي على الغَرِيمِ بالثَّمَنِ، والوَارِثُ إذا بِيعَ له بمنزلةِ الغَرِيمِ سواءٌ»[1]. إلى هنا لَفْظُ محمد في أصْلِ «**الجامع الصغير**».

اعلم: أن الوصِيَّ إذا باع العبدَ وقَبَض الثَّمَنَ، فضاع الثَّمَنُ في يدِه، ثم استُحِقَّ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٠٢].

وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ لَا يَلْحَقُهُ ضَمَانٌ كَيْ لَا يَتَقَاعَدُ عَنْ قَبُولِ هَذِهِ الْأَمَانَةِ فَيَضِيعُ الْحُقُوقَ وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الْغُرَمَاءِ، لِأَنَّ الْبَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِمْ عِنْدَ

غاية البيان

العبدُ أوْ مات قبلَ القَبْضِ؛ رجَع المُشْتَرِي بالثَّمَنِ على الوصِيِّ؛ لأن حقُوقَ العقدِ[1] ترجعُ إليه؛ لأنه عاقدٌ، ثم يَرْجِعُ الوصِيُّ بذلك على الغَرِيمِ [٢/٢٤٦ظ]؛ لأن الضَّمانَ لَحِقَه لأجْلِ عملٍ عَمِله لأجْلِ الغَرِيمِ، والقاضي لَمَّا أمَرَ الوصِيَّ بالبيعِ؛ صار كالمُكْرَهِ، فوَجَبَ حاصلُ الضَّمانِ على الغَرِيمِ؛ لأن البَيْعَ وقَع لأجْلِه.

فلو باع القاضي أوْ أمينُه وقَبَض الثَّمَن، وضاع في يدِه، ثم استُحِقَّ العبدُ أوْ مات قبلَ القَبْضِ؛ لا يَرْجِعُ المُشْتَرِي على القاضي، ولا على أمينِه، وإنْ كان عاقدًا[2]، بل يَرْجِعُ على الغَرِيمِ؛ لأن أمينَ القاضي لا عُهْدةَ عليه، كما لا عُهْدةَ على القاضي، لأنا لو أوْجَبنا الضَّمانَ على القاضي أوْ أمينِه؛ لتقاعَد الناسُ عن عُهْدةِ هذه الأمانةِ؛ خوفًا مِن الضَّمانِ، فحينَئذٍ تضِيعُ حُقُوقُ المسلمين، فلَمَّا تعذَّر الرُّجُوعُ على القاضي أوْ أمينِه؛ وجَب الرُّجُوعُ على الغَرِيمِ؛ لأن البَيْعَ وقَع لأجْلِه، كما إذا كان العَاقِدُ عبدًا محجُورًا، أوْ صبِيًّا محجورًا.

ولو باع الوصِيُّ العبدَ لنفقةِ الوَارثِ، فقبَضَ الثَّمنَ فضاع، ثم استُحِقَّ العبدُ أوْ مات قبلَ القَبْضِ؛ رَجَعَ المُشْتَرِي بالثَّمَنِ على الوصِيِّ، ثم الوصِيُّ على الوَارِثِ، ولو باعه أمينُ القاضي يَرْجِعُ المُشْتَرِي على الوَارِثِ، فإنْ كان الوَارثُ صغيرًا؛ يَنْصِبُ القاضي عنه وصِيًّا فيَقضِي دَيْنَه.

وأورَد الفقيهُ أبو الليثِ في «**شرح الجامع الصغير**» [٥/٣٤٨ظ/م] سؤالًا وجوابًا في هذا المقامِ فقال: «**فإن قيل**: لو ظهَر للميتِ مالٌ آخرُ بعدَ ذلك، ما حُكْمُه؟

قيل: للغَرِيمِ أنْ يأْخُذَ دَيْنَه بلا شكٍّ، وأمَّا المئةُ التي غَرِم؛ يَجُوزُ أنْ يُقالَ:

---

(١) وقع بالأصل: «حُقُوق العبد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) في «غ»: «وإنْ كان عامدًا».

تَعَذُّرِ الرُّجُوعِ عَلَى الْعَاقِدِ، كَمَا إِذَا كَانَ الْعَاقِدُ مَحْجُورًا عَلَيْهِ وَلِهَذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ.

(وَإِنْ أَمَرَ الْقَاضِي الْوَصِيَّ بِبَيْعِهِ لِلْغُرَمَاءِ ثُمَّ اُسْتُحِقَّ أَوْ مَاتَ قَبْلَ الْقَبْضِ وَضَاعَ الْمَالُ رَجَعَ الْمُشْتَرِي عَلَى الْوَصِيِّ) لِأَنَّهُ عَاقِدٌ نِيَابَةً عَنْ الْمَيِّتِ وَإِنْ كَانَ بِإِقَامَةِ الْقَاضِي عَنْهُ فَصَارَ كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ.

قال: ويرجع الْوَصِيُّ عَلَى الْغُرَمَاءِ لِأَنَّهُ عَامِلٌ لَهُمْ، وَإِنْ ظَهَرَ لِلْمَيِّتِ مَالٌ يَرْجِعُ الْغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ.

غاية البيان

يَرْجِعُ في ذلك أيضًا؛ لأن ذلك الضَّمانَ لَحِقَه لأمْرِ الميِّتِ، فيرجعُ في ذلك في مالِ الميِّتِ».

قولُه: (عبدًا للغُرَماءِ)، أي: لأجْلِ الغُرَماءِ.

قولُه: (وَأَخَذَ الْمَالَ)، أي: الثَّمنَ، (فَضَاعَ)، أي: المالُ، وهو الثَّمنُ.

قولُه: (لَمْ يَضْمَنْ)، أي: القاضي أو أمينُه.

قولُه: (مَحْجُورًا عَلَيْهِ)، أي: عبدًا محجورًا، أوْ صبيًّا[1] محجورًا، وإنما أطلَقه ليتناوَلَهُما جميعًا.

قولُه: (وَلِهَذَا يُبَاعُ بِطَلَبِهِمْ)، أي: يباعُ العبدُ بطلَبِ الغُرَماءِ، وهو إيضاحٌ لقولِه: (لِأَنَّ الْبَيْعَ وَاقِعٌ لَهُمْ[2])، أي: لأجْلِ الغُرَماءِ.

قولُه: (كَمَا إِذَا بَاعَهُ بِنَفْسِهِ)، أي: باعه الميِّتُ حالَ حياتِه بنفسِه.

قولُه: (يَرْجِعُ الْغَرِيمُ فِيهِ بِدَيْنِهِ)، أي: يَرْجِعُ ربُّ المالِ بدَيْنِه في المالِ الذي ظهَر للميِّتِ. يَعْني: يأْخُذُ دَيْنَه مِن ذلك المالِ.

---

(١) في «غ»: «أوْ وصيًّا».

(٢) وقع بالأصل: «واقع له». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

قَالُوا: وَيَجُوزُ أَنْ يُقَالَ يَرْجِعُ بِالْمِائَةِ الَّتِي غَرِمَهَا أَيْضًا لِأَنَّهُ لَحِقَهُ فِي أَمْرِ الْمَيِّتِ، وَالْوَارِثُ إِذَا بِيعَ لَهُ بِمَنْزِلَةِ الْغَرِيمِ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي التَّرِكَةِ دَيْنٌ كَانَ الْعَاقِدُ عَامِلًا لَهُ.

غاية البيان

قولُه: (قَالُوا)، أي: قال المشايخُ، وهذا إشارةٌ إلى جوابِ الفقيهِ أبي الليثِ.

قولُه: (يَرْجِعُ بِالْمِئَةِ الَّتِي غَرِمَهَا)، أي: يَرْجِعُ الغَرِيمُ.

[قولُه][1]: (إِذَا بِيعَ لَهُ)، أي: لأَجْلِ الوَارِثِ، وقد مَرَّ بيانُه.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«غ».

فَصْلٌ آخَرُ

وَإِذَا قَالَ الْقَاضِي: قَدْ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمْهُ، أَوْ بِالْقَطْعِ فَاقْطَعْهُ، أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ، وَسِعَكَ أَنْ تَفْعَلَ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ رَجَعَ عَنْ هَذَا وَقَالَ: لَا تَأْخُذْ بِقَوْلِهِ حَتَّىٰ تُعَايِنَ الْحُجَّةَ، لِأَنَّ قَوْلَهُ يَحْتَمِلُ الْغَلَطَ وَالْخَطَأَ وَالتَّدَارُكُ غَيْرُ مُمْكِنٍ، وَعَلَىٰ هَذِهِ الرِّوَايَةِ لَا يُقْبَلُ كِتَابُهُ. وَاسْتَحْسَنَ الْمَشَايِخُ هَذِهِ الرِّوَايَةَ لِفَسَادِ حَالِ أَكْثَرِ الْقُضَاةِ فِي زَمَانِنَا إِلَّا فِي كِتَابِ الْقَاضِي لِلْحَاجَةِ إِلَيْهِ.

﴿ غاية البيان ﴾

فَصْلٌ آخَرُ

مسائلُ هذا الفصلِ متفرِّقةٌ يجْمَعُها أصْلٌ واحدٌ، وهو أن قولَ القاضي بانفرادِه قبلَ العَزْلِ وبعدَه مقبولٌ أمْ لا؟ فلذلك ذكرَها في فصْلٍ علىٰ حِدَةٍ.

قولُه: (وَإِذَا قَالَ الْقَاضِي: قَدْ قَضَيْتُ عَلَى هَذَا بِالرَّجْمِ فَارْجُمْهُ، أَوْ بِالْقَطْعِ فَاقْطَعْهُ، أَوْ بِالضَّرْبِ فَاضْرِبْهُ، وَسِعَكَ أَنْ تَفْعَلَ)، وهذه من مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ قال: إذا قال القاضي لك: قد قضيْتُ علىٰ هذا بالرجْمِ، وسِعَك أنْ تَرْجُمَهُ، وإذا قال: قد قضيْتُ عليه بالقطعِ فاقطعْه، وسِعَك أنْ تَقْطَعَهُ، وكذلك الضربُ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في أصلِ «**الجامع الصغير**».

وقال الفقيهُ أبو الليثِ: «ورُوِيَ عن محمَّدِ بنِ سماعةَ عن محمَّدِ بن الحسن ﷺ قال: لا يسَعه ذلك ما لم تكُنِ الشَّهادَةُ بحَضْرتِه».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وعلىٰ قياسِ هذه الروايةِ: ألَّا يُقْبَلَ كتابُ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٠٠].

وَجْهُ ظَاهِرِ الرِّوَايَةِ أَنَّهُ أَخْبَرَ عَنْ أَمْرٍ يَمْلِكُ إِنْشَاءَهُ فَيُقْبَلُ لِخُلُوِّهِ عَنِ التُّهْمَةِ، وَلِأَنَّ طَاعَةَ أُولِي الْأَمْرِ وَاجِبَةٌ، وَفِي تَصْدِيقِهِ طَاعَةٌ.

وَقَالَ الْإِمَامُ أَبُو مَنْصُورٍ [٤٩/و] رحمه الله: إِنْ كَانَ عَدْلًا عَالِمًا يُقْبَلُ قَوْلُهُ لِانْعِدَامِ تُهْمَةِ الْخَطَإِ وَالْخِيَانَةِ، وَإِنْ كَانَ عَدْلًا جَاهِلًا يُسْتَفْسَرُ، فَإِنْ أَحْسَنَ التَّفْسِيرَ وَجَبَ تَصْدِيقُهُ وَإِلَّا فَلَا، وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا فَاسِقًا أَوْ عَالِمًا فَاسِقًا لَا يُقْبَلُ إِلَّا أَنْ يُعَايِنَ سَبَبَ الْحُكْمِ لِتُهْمَةِ الْخَطَإِ وَالْخِيَانَةِ.

غاية البيان

القاضي إلى القاضي.

ثم قالوا: وبهذه الروايةِ أخذَ مشايخُنا.

وقالوا: ما [٢/٢٤٧و] أحسنَ هذا في زمانِنا؛ لأن [٥/٣٤٩و/م] القضاةَ قد فسَدوا، فلا [يُؤْتَمَنُون](١)، إلا أنهم لم يأخُذوا بهذه الروايةِ في كتابِ القاضي إلى القاضي، وأخذُوا بظاهرِ الروايةِ للضَّرُورةِ(٢).

وَجهُ هذه الروايةِ: أن قولَ الواحدِ لا يَكُونُ حُجَّةً، وقبولُ خبرِ الواحدِ رُتْبَةُ الأنبياءِ - عَلَيْهِمُ الصَّلَاةُ وَالسَّلَام - لأن معَهم علاماتُ المعجزةِ، وهم مَعْصومون عن الكذبِ، وإذا لم يَكُنْ قولُ الواحدِ حُجَّةً؛ لا يُقْبَلُ قولُه ما لم تَكُنِ الشَّهادةُ بحَضرتِه.

ووَجْهُ ظاهرِ الروايةِ: قولُه تَعالى: ﴿أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٥٩]، والقاضي مِن أُولِي الأمرِ، فيُقْبَلُ قولُه؛ لأن قبولَ قولِه مِن الطاعةِ، ولأن القاضيَ أمينُ المسلمين فيما فُوِّضَ إليه، فيَجِبُ تصديقُه، وصار إخبارُه بحقِّ الولايةِ كإخبارِ الجماعةِ، فوَجَبَ الاعتمادُ على قولِه، ولهذا كان كتابُ القاضي إلى القاضي حُجَّةً؛ لأن شهادَتَهُ وإخبارَهُ بمنزلةِ شَهَادَةِ شاهدَيْنِ، فصَحَّ نقلُه، كشهادةِ

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «يؤمنوا».

(٢) ينظر: «العناية شرح الهداية» [٧/٣٥٩]، «البناية شرح الهداية» [٩/٩٦]، «فتح القدير» [٧/٣٥٩].

قال: وَإِذَا عُزِلَ الْقَاضِي، فَقَالَ لِرَجُلٍ: أَخَذْتُ مِنْك أَلْفًا، وَدَفَعْتُهَا إلَىٰ فُلَانٍ، قَضَيْتُ بِمَا عَلَيْك، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَخَذْتَهَا ظُلْمًا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاضِي وَكَذَا لَوْ قَالَ قَضَيْت بِقَطْعِ يَدِك فِي حَقٍّ، هَذَا إذَا كَانَ الَّذِي قُطِعَتْ يَدُهُ وَالَّذِي أُخِذَ مِنْهُ الْمَالُ مُقِرَّيْنِ أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ وَهُوَ قَاضٍ) وَوَجْهُهُ أَنَّهُمَا لَمَّا تَوَافَقَا أَنَّهُ فَعَلَ ذَلِكَ فِي قَضَائِهِ كَانَ الظَّاهِرُ شَاهِدًا لَهُ.

غاية البيان

الشاهدينِ علىٰ شَهَادَةِ شاهدَيْنِ.

وقال الشيخُ أبو منصورٍ المَاتُرِيدِيُّ: «المسألةُ علىٰ أربعةِ أوجهٍ: إنْ كان القاضي عالمًا عدلًا؛ قُبِلَ قولُه؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَأُوْلِي ٱلْأَمْرِ مِنكُمْ﴾، وإنْ كان فاسقًا جاهلًا، أوْ فاسقًا عالمًا؛ لا يُقْبَلُ، ولا يُعْمَلُ به، إلا أنْ يُعايِنَ سببُ الحُكْمِ، وإنْ كان عدلًا غيرَ عالمٍ؛ يُسْتَفْسَرُ: إنْ أحسَنَ وجَبَ تصديقُه وقبولُ قولِه، وإلا فلا، وإنما لا يُقْبَلُ قولُه إذا كان فاسقًا قبلَ مُعَايَنَةِ سببِ الحُكْمِ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦].

قولُه: «يُسْتَفْسَرُ»، أي: عن قضائِه، «فإنْ أحسَن»، أي: تفسيرَ قضائِه.

قولُه: (وَإِذَا عُزِلَ الْقَاضِي، فَقَالَ لِرَجُلٍ: أَخَذْتُ مِنْك أَلْفًا، وَدَفَعْتُهَا إلَىٰ فُلَانٍ، قَضَيْتُ بِمَا عَلَيْك، فَقَالَ الرَّجُلُ: أَخَذْتَهَا ظُلْمًا، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْقَاضِي). وهذه مِن مسائلِ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «فإن عُزِلَ القاضي عن القضاءِ، فقال: قد أخذتُ منك دراهمَ، فدفعتُها إلىٰ فلانٍ، وقضيتُه بها له عليك. فقال المأخوذُ منه: بل أخذتَها ظُلْمًا؛ كان القولُ قولَ القاضي.

وكذلك إنْ قال: قضيتُ عليك بقطْعِ اليدِ بحقٍّ، فقال صاحبُ اليدِ: بل قطعتَها ظُلْمًا؛ كان القولُ [٥/٣٤٩ظ/م] قولَ القاضي إذا كان المقطوعةُ يدُه والمأخوذُ

إِذْ الْقَاضِي لَا يَقْضِي بِالْجَوْرِ ظَاهِرًا (وَلَا يَمِينَ عَلَيْهِ) لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ وَلَا يَمِينَ عَلَى الْقَاضِي.

غاية البيان

منه المالُ بِقرَّانِ ذلك كان، والقاضي قضَىٰ قبلَ أنْ يُعْزَلَ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ محمّدٍ في أصلِ «الجامع الصغير»، وذلك لأنهما أقرَّا بأنَّ القاضيَ فعَلَ ذلك في حالةِ القضاءِ، وهو أمينٌ في تلك الحالةِ، فكان القولُ قولَ القاضي بشَهادةِ الظاهرِ؛ لأن الظاهرَ مِن حالِ القاضي ألَّا يَجُورَ، فلا يَكُونُ ضامنًا؛ لأن فِعْلَ القاضي علىٰ وَجْهِ الحُكْمِ لا يُوجِبُ الضَّمانَ، ولا يَمِينَ علىٰ القاضي؛ لأنه لو وجَب عليه لتقاعَد الناسُ عن مباشرةِ القضاءِ، فتَضِيعُ حينَئِذٍ حُقُوقُ الناسِ، ولأنا لو ألزَمْنا عليه اليَمِينَ؛ لكان خصمًا، وقضاءُ الخَصْمِ لا يَجُوزُ، والقاضي عُهِدَ أمينًا لا خَصمًا، ولا ضَمانَ علىٰ الآخذِ والقاطعِ أيضًا؛ لأن فِعْلَهُما وقَع بقضاءِ القاضي ظاهرًا، فلا يُوجِبُ الضَّمانَ.

وكذلك لو قال المأخوذُ منه، أو المقطوعةُ يدُه: أخذْتَ أوْ قطعْتَ قبلَ أنْ تَكُونَ قاضيًا، أوْ بعدَ العَزْلِ؛ فالقولُ قولُ القاضي أنه فعَلَه في حالةِ القاضي، ولا ضَمانَ عليه، لأنه لَمَّا أسندَ فَعْلَه إلىٰ حالةِ القضاءِ، وكان قضاؤُه معروفًا؛ كان مُنكِرًا أصلًا[2]، إلا أنَّ الآخِذَ والذي استوفَىٰ القطعَ - إنْ كان قِصاصًا - ضَمِنَ في هذه الصورةِ إذا كان مُقِرًّا بما أقرَّ به القاضي؛ لأنهما أقرَّا بسببٍ يُوجِبُ الضَّمانَ، لأنَّا قَبِلْنا قولَ القاضي في دَفْعِ [٢/٢٤٧ظ] الضَّمانِ عن نفسِه، لا في إبطالِ الضَّمانِ عن غيرِه، بخلافِ الفصلِ الأوَّلِ، فإنهما لا يَضْمنانِ وإنْ أقرَّا بما أقرَّ به القاضي؛ لأن قولَ القاضي في حالِ قضائِه حُجَّةٌ، ودَفْعُه المالَ إلىٰ ربِّ الدَّيْنِ أو المُسْتَحِقِّ صحيحٌ، هذا إذا كان المالُ مُسْتَهْلَكًا.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٤٠٠ - ٤٠١].

(٢) أي: للضمان عن أصل. كذا جاء في حاشية: «م».

(وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ وَالْآخِذُ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي لَا يَضْمَنُ أَيْضًا) لِأَنَّهُ فَعَلَهُ فِي حَالِ الْقَضَاءِ وَدَفْعُ الْقَاضِي صَحِيحٌ كَمَا إذَا كَانَ مُعَايِنًا (وَلَوْ زَعَمَ الْمَقْطُوعُ يَدُهُ أَوْ الْمَأْخُوذُ مَالُهُ أَنَّهُ فَعَلَ قَبْلَ التَّقْلِيدِ أَوْ بَعْدَ الْعَزْلِ فَالْقَوْلُ لِلْقَاضِي أَيْضًا) هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ أَسْنَدَ فِعْلَهُ إلَى حَالَةٍ مَعْهُودَةٍ مُنَافِيَةٍ لِلضَّمَانِ فَصَارَ كَمَا إذَا قَالَ طَلَّقْت أَوْ أَعْتَقْت وَأَنَا مَجْنُونٌ وَالْجُنُونُ مِنْهُ كَانَ مَعْهُودًا.

وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ وَالْآخِذُ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي؛ يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُمَا أَقَرَّا بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَقَوْلُ الْقَاضِي مَقْبُولٌ فِي دَفْعِ الضَّمَانِ عَنْ نَفْسِهِ

غاية البيان

أمَّا إذا كان قائمًا في يدِ الآخِذِ، وأقرَّ بما أقرَّ به القاضي؛ يُؤخَذُ منه، سواءٌ صَدَّقَ المأخوذُ منه القاضيَ أنه فعَلَه في حالةِ القضاءِ، أوِ ادَّعىٰ فِعْلَه في غيرِ حالةِ القضاءِ؛ لأن الآخِذَ أقرَّ بسببِ الضَّمانِ، حيثُ أقرَّ أن اليدَ كانت للمأخوذِ منه، فلا يُسْمَعُ قولُه في دعوىٰ التَّمَلُّكِ بلا حُجَّةٍ، وقولُ القاضي المعزولِ ليس بحُجَّةٍ.

قولُه: (كَمَا إذَا كَانَ مُعَايِنًا)، يعني: إذا كان دَفْعُ القاضي المالَ إلىٰ الآخذِ مُعاينةً في حالِ القضاءِ، لا يَضْمَنُ الآخِذُ؛ لأنه وُجِدَ الأَخْذُ في حالةِ القضاءِ، فكذلك هنا، لا يَضْمَنُ أيضًا؛ لأن الأَخْذَ وُجِدَ في حالِ القضاءِ؛ لأن المأخوذَ منه مُقِرٌّ أن ذلك وقَع في حالِ القضاءِ [٥/٣٠٠و/م]، ولكنَّه وقَع ظُلمًا.

قولُه: (كَانَ مَعْهُودًا)، أي: معلومًا عندَ الناسِ.

قولُه: (وَلَوْ أَقَرَّ الْقَاطِعُ وَالْآخِذُ فِي هَذَا الْفَصْلِ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي؛ يَضْمَنَانِ).

أراد بهذا الفصلِ: ما إذا زعمَ المأخوذُ منه، أو المقطوعةُ يدُه: أن الأَخْذَ، أو القطْعَ وقَع قبْلَ تقليدِ القضاءِ، أوْ بعدَ العَزْلِ.

لا يُقَالُ: القاضي لا يَضْمَنُ؛ لإضافةِ الفعلِ إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافيةٍ للضَّمانِ،

لَا فِي إِبْطَالِ سَبَبِ الضَّمَانِ عَلَىٰ غَيْرِهِ، بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ فِعْلُهُ فِي قَضَائِهِ بِالتَّصَادُقِ (وَلَوْ كَانَ الْمَالُ فِي يَدِ الْآخِذِ قَائِمًا وَقَدْ أَقَرَّ بِمَا أَقَرَّ بِهِ الْقَاضِي وَالْمَأْخُوذُ مِنْهُ الْمَالُ صُدِّقَ الْقَاضِي فِي أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي قَضَائِهِ أَوْ ادَّعَىٰ أَنَّهُ فَعَلَهُ فِي

﴿ غاية البيان ﴾

فيَنْبَغِي أَلَّا يَضْمَنَ الآخذُ والقاطعُ أيضًا؛ لأنهما أَسْنَدَا الفعلَ أيضًا إلىٰ حالةٍ معهودةٍ منافِيةٍ للضَّمانِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: جهةُ الضَّمانِ راجحةٌ؛ لأن إِقْرَارَ الرَّجُلِ علىٰ نفْسِه بسببِ الضَّمانِ حُجَّةٌ قطْعيَّةٌ، وقضاءُ القاضي حُجَّةٌ ظاهرًا، والظاهرُ لا يُعارِضُ القطْعِيَّ.

ونَخْتِمُ كتابَ «أدب القضاء» بمسائلَ:

قضاءُ القاضي بعِلْمِه: قال في «**خلاصة الفتاوىٰ**»: «القاضي يَقْضِي في حُقُوقِ العبادِ بعِلْمِه، بأنْ عَلِمَ في حالِ قضائِه في مِصْرِه أن فلانًا غَصَب مالَ فلانٍ، أوْ طَلَّقَ امرأتَه»(١).

وفي «**التجريد**» في آخرِ كتابِ «**الحُدُود**» عن محمَّدٍ ﵀: أنه رَجَعَ عن هذا وقال: لا يَقْضِي بعِلْمِه، وفي الحُدُودِ التي هي حقُّ اللهِ تَعَالىٰ ـ كحَدِّ الزِّنَا، وشُرْبِ الخَمْرِ؛ لا يَقْضِي بعِلْمِه، إلا أنه إذا أُتِيَ بالسكرانِ يُعَزِّرُه، وفي القِصَاصِ وحَدِّ القذفِ: يَقْضِي بعِلْمِه.

وأمَّا إذا عَلِمَ قبلَ القضاءِ في حُقُوقِ العبادِ عند أبي حنيفةَ: لا يَقْضِي بذلك العِلْمِ إذا رُفِعَتْ إليه تلك الحادثةُ، وعندَهما: يَقْضِي(٢).

---

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٤٩].

(٢) قال الحصكفي: في «شرح الوهبانية» للشرنبلالي: والمختار الآن عدم حكمه بعلمه مطلقًا، كما لا يقضي بعلمه في الحدود الخالصة لله تعالىٰ؛ كزنا وخمر مطلقًا، غير أنه يعزر من به أثر السكر للتهمة، وعن الإمام إن علم القاضي في طلاق وعتاق وغصب يثبت الحيلولة علىٰ وجه الحسبة لا القضاء. قال في «الأشباه»: الفتوىٰ اليوم علىٰ عدم العمل بعلم القاضي في زماننا كما في=

غَيْرِ قَضَائِهِ يُؤْخَذُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّ الْيَدَ كَانَتْ لَهُ فَلَا يُصَدَّقُ فِي دَعْوَىٰ تَمَلُّكِهِ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَقَوْلُ الْمَعْزُولِ فِيهِ لَيْسَ بِحُجَّةٍ، والله أعلم.

غاية البيان

وعلىٰ هذا الخلافِ: إذا عَلِمَ في غيرِ المِصْرِ الذي هو فيه قاضٍ، ثم حضر مِصْرَه، فرُفِعَتْ إليه تلك الحادثةُ.

وفي «التجريد» جعَلَ قولَ محمدٍ معَ أبي حنيفةَ، ولو عَلِمَ في رُسْتَاقِ مِصْرِه عندَهما: يَقْضِي.

واختلَف المشايخُ علىٰ قولِ أبي حنيفةَ ﷺ، وسواءٌ كان مُقلَّدًا علىٰ الرَّسَاتِيقِ، أو لم يَكُنْ.

وأصلُ هذا: أن قضاءَ القاضي في القريةِ والمَفازَةِ، لا يَنْفُذُ عندَ أبي حنيفةَ ومحمَّدٍ ﷺ.

ولو عَلِمَ حادثةً ـ وهو قاضٍ في مِصْرِه ـ ثم عُزِلَ عن القضاءِ، ثم أُعِيدَ علىٰ القضاءِ بعدَ ذلك عندَ أبي حنيفةَ: لا يَقْضِي. وعندَ أبي يوسفَ ومحمَّدٍ: يَقْضِي.

وفي «الفتاوىٰ»: قال أصحابُ **«الأمالي»**: إنَّ عندَ أبي يوسفَ: يَنْفُذُ قضاؤُه في السَّوَادِ. وهكذا ذُكِرَ عن محمَّدٍ في **«النوادر»**: أنه يَنْفُذُ قضاؤُه في السَّوَادِ. الكلُّ مذكورٌ في **«الخلاصة»**[(١)]. [واللهُ أعلمُ][(٢)].

= «جامع الفصولين». ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٨/٥٢]، «الإيضاح» للكرماني [٢٠٠/أ]، «البحر الرائق» [٧/٥٣]، «مجمع الأنهر» [٢/١٦٧]، «رد المحتار» [٥/٤٣٩].

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٤٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن».

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ، وَلَا يَسَعُهُمْ كِتمانُها إذا طالَبَهُمُ المُدَّعِي؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣] وإنّما يُشترطُ

[بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

وبه التوفيقُ والإعانة

اللهم يَسِّر واختِم بخيرٍ يا كريمُ][1]

كِتَابُ الشَّهَادَاتِ

ذكرَ كتابَ [٥/٣٥٠ظ/م] الشهاداتِ بعدَ كتابِ [أدبِ][2] القاضي؛ لأن القاضيَ يَحْتاجُ في حُكْمِه إلى الشَّاهدِ، وكان ذلك [٢/٢٤٨و] مِن تتمَّةِ حُكْمِه.

قولُه: (الشَّهَادَةُ فَرْضٌ تَلْزَمُ الشُّهُودَ، وَلَا يَسَعُهُمْ كِتْمَانُها إذَا طَالَبَهُمُ الْمُدَّعِي)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3].

والأصلُ فيه: قولُه تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فيه وجهان:

أحدُهما: لا يَمْتَنِعُ المَدْعُوُّون لتحَمُّلِ الشَّهادةِ عن الحضورِ ليتَحمَّلُوا الشهادةَ.

والثاني: لا يَمْتَنِعُ المُتَحَمِّلون إذا دُعُوا إلى أداءِ الشَّهَادَةِ ليُؤَدُّوها، والأوَّلُ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢١٩].

طَلَبُ الْمُدَّعِي لِأَنَّهَا حَقُّهُ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ طَلَبِهِ كَسَائِرِ الْحُقُوقِ.

للندْبِ، والثاني للفرْضِ. كذا في «التيسير»[١].

وقال في «شرح التأويلات»[٢]: «وهذا أشبَهُ؛ لأن للشهودَ أنْ يقُولُوا: أحْضِرِ الخَصْمَ ههنا لنَشْهدَ عليه؛ فإنا لا نَحْضُرُ المكانَ الذي هو فيه، وليس لهم هذا القولُ في الأداءِ، إذِ الأداءُ لا يَكُونُ إلا عندَ الحاكمِ، فقد التزَمُوا الحضورَ إلىٰ بابِه، فلذلك كان أَوْلَىٰ».

وقولُه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ ۚ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُۥٓ ءَاثِمٌ قَلْبُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

قال في «شرح التأويلات»: «جعَلَ القلبَ آثِمًا بكِتْمانِ الشَّهادةِ؛ لأن ذلك إنما يتَحَقَّقُ بعَزْمِ القلبِ علىٰ ذلك؛ لأنَّ كلَّ فِعْلٍ يَنْعَقِدُ طاعةً، أوْ مَعْصِيَةً، فإنما يَكُونُ بِفِعْلِ القلبِ، وهو القصدُ والاختيارُ، وهو معنىٰ قولِ النبيِّ ﷺ: «إنَّ فِي الجَسَدِ مُضْغَةً: إذَا صَلَحَتْ صَلَحَ الجَسَدُ كُلُّهُ، وَإِذَا فَسَدَتْ فَسَدَ الجَسَدُ كُلُّهُ، أَلَا وَهِيَ القَلْبُ»[٣].

وقال في «الكشاف»: «كِتْمانُ الشَّهادةِ: هو أنْ يُضْمِرَها، ولا يَتَكَلَّمُ بها، فلَمَّا كان آثمًا مُقْتَرِفًا بالقلبِ أسندَ إليه؛ لأن إسنادَ الفعلِ إلىٰ الجارحةِ التي يُعْمَلُ بها أبلغُ، ألَا تراكَ تَقُولُ إذا أردتَ التوكيدَ: هذا مما أبصَرَتْه عيْني، ومما سَمِعَتْه أُذُني، ومما عرَفه قلْبِي، ولأنَّ القلبَ هو رئيسُ الأعضاءِ، والمُضْغةُ التي إنْ صلَحَتْ صلَحَ

(١) هو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسَفِيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) هو شرح كتاب: «تأويلات أهل السُّنَّة». لأبي منصور محمد بن محمد الماتُرِيدِيّ (المتوفىٰ سنة ٣٣٣هـ). شرَحه الإمامُ الزاهدُ علاء الدين العَالِم السمرقنديُّ. وهو في أربعة مجلدات. وقد مضىٰ التعريف به

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الإيمان/ باب فضل من استبرأ لدينه [رقم/ ٥٢]، ومسلم في كتاب المساقاة/ باب أخذ الحلال وترك الشبهات [رقم/ ١٥٩٩]، وغيرهما من حديث: النُّعْمَان بن بَشِير ﷺ.

وَالشَّهَادَةُ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالْإِظْهَارِ؛ لِأَنَّهُ بَيْنَ حِسْبَتَيْنِ إِقَامَةِ الْحَدِّ وَالتَّوَقِّي عَنِ الْهَتْكِ (وَالسَّتْرُ أَفْضَلُ) لِقَوْلِهِ - ﷺ - لِلَّذِي

غاية البيان

الجسدُ كلُّه، وإنْ فسَدَتْ فسَدَ الجسدُ كلُّه.

فكأنه قيل: فقد تمكَّن الإثمُ في أصْلِ نفسِه، وملَكَ أشرفَ مكانٍ فيه، ولئلَّا يُظَنَّ أن كِتمانَ الشَّهَادةِ: مِن الآثامِ المتعلِّقةِ باللسانِ فقط، وليُعْلَمَ أن القلبَ أصْلُ مُتَعلِّقِه، ومَعْدِنُ اقترافِه، واللسانُ تُرْجُمانٌ عنه، ولأن أفعالَ القلوبِ أعظمُ مِن أفعالِ سائرِ الجوارحِ، وهي له كالأصولِ التي تتشَعَّبُ منها، ألا تَرَىٰ أن أصْلَ الحسناتِ والسيئاتِ: الإيمانُ والكُفْرُ، وهما [٥/٣٥١و/م] مِن أفعالِ القلوبِ، فإذا جُعِلَ كتمانُ الشَّهَادةِ مِن آثامِ القلوبِ؛ فقد شُهِدَ له بأنه مِن مَعاظمِ الذنوبِ»[1].

ثم إنما علَّقَ فرضيةَ أداءِ الشَّهَادةِ بطلَبِ المُدَّعِي؛ لأن الحقَّ لَمَّا كان له؛ لَمْ يَلْزَمْهُم الشَّهَادَةُ قبلَ طلَبِه، بل توقَّفَ على الطلبِ كما في سائرِ الحُقُوقِ.

قولُه: (وَالشَّهَادَةُ فِي الْحُدُودِ يُخَيَّرُ فِيهَا الشَّاهِدُ بَيْنَ السَّتْرِ وَالْإِظْهَارِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره» وتمامُه فيه: «والسَّتْرُ أفضلُ»[2].

وذلك لأنه مُخَيَّرٌ بينَ أمرينِ: إقامةُ الحُدُودِ حِسْبةً للهِ تعالىٰ، والسَّتْرُ توَقِّيًا عن هَتْكِ المسلم، ولكن السَّتْرَ أفضلُ؛ لِمَا روَىٰ مالكٌ في «الموطأ»: عن يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ بلغَه: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ لِرَجُلٍ مِنْ أَسْلَمَ، يُقَالُ لَهُ: هَزَّالٌ: «لَوْ سَتَرْتَهُ بِرِدَائِكَ؛ لَكَانَ خَيْرًا [لَكَ][3]». قال مالكٌ[4]: فَحَدَّثْتُ بِهَذَا الْحَدِيثِ فِي مَجْلِسٍ فِيهِ يَزِيدُ بْنُ نُعَيْمِ بْنِ هَزَّالٍ الْأَسْلَمِيُّ، فَقَالَ يَزِيدُ: هَزَّالٌ جَدِّي»[5].

---

(١) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [١/٣٢٩ - ٣٣٠].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢١٩].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الموطأ».
(٤) هكذا وقَع في النُّسَخ: «قال مالك»! والذي في «الموطأ»: «قَالَ يَحْيَىٰ بْنُ سَعِيدٍ». وهو الصواب.
(٥) أخرجه: مالك في «الموطأ» [٢/٨٢١]، من طريق: يَحْيَىٰ بْنِ سَعِيدٍ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ به.

شَهِدَ عِنْدَهُ «لَوْ سَتَرْته بِثَوْبِك لَكَانَ خَيْرًا لَك» وَقَالَ - ﷺ - «مَنْ سَتَرَ عَلَىٰ مُسْلِم سَتَرَ اللهُ [٤٨/ط] عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ» وَفِيمَا نُقِلَ مِنْ تَلْقِينِ الدَّرْءِ عَنْ

غاية البيان

وحدَّثَ صاحبُ «السنَن»: عَنْ مُسَدَّدٍ عَنْ يَحْيَىٰ[1] عَنْ سُفْيَانَ عن زَيْدِ بْنِ أَسْلَمَ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ نُعَيْمٍ، عَنْ أَبِيهِ: أَنَّ مَاعِزَ بْنَ مَالِكٍ أَتَى النَّبِيَّ ﷺ، فَأَقَرَّ عِنْدَهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ، فَأَمَرَ بِرَجْمِهِ، وَقَالَ لِهَزَّالٍ: «لَوْ سَتَرْتَهُ بِثَوْبِكَ؛ لكَانَ خَيْرًا لَكَ»[2].

قال ابنُ شَاهِينَ في كتابِ «المعجم»: «وهَزَّالٌ: هو الذي أشار عليه أنْ يأتيَ النبيُّ ﷺ»، يعني: أشار على ماعزٍ.

وحدَّثَ الشيخُ أبو جعفرٍ الطَّحَاوِيُّ: بإسنادِه إلى أبي هُرَيْرَةَ قَالَ [٢/٢٤٨ط]: أُتِيَ بِسَارِقٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فقَال[3]: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ هَذَا سَرَقَ. فَقَالَ: «مَا إِخَالُهُ سَرَقَ»[4].

ورَوَىٰ صاحبُ «السنن»: بإسنادِه إلى أَبِي أُمَيَّةَ الْمَخْزُومِيِّ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُتِيَ بِلِصٍّ قَدِ اعْتَرَفَ اعْتِرَافًا، وَلَمْ يُوجَدْ مَعَهُ مَتَاعٌ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «مَا إِخَالُكَ سَرَقْتَ». قال فَأَعَادَ عَلَيْهِ مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا، فَأَمَرَ بِهِ فَقُطِعَ، وَجِيءَ، فَقَالَ: «اسْتَغْفِرِ اللهَ وَتُبْ إِلَيْهِ». فَقَالَ: أَسْتَغْفِرُ اللهَ وَأَتُوبُ إِلَيْهِ، فَقَالَ: «اللهُمَّ تُبْ عَلَيْهِ». ثَلَاثًا»[5].

---

(١) وقع بالأصل: «مسدد بن يحيى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «سنن أبي داود». وهو الصواب. ومسدد: هو ابن مسرهد. ويحيى: هو ابن سعيد القطان.

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الحُدُود/ باب في السَّتْر على أهل الحُدُود [رقم/ ٤٣٧٧]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب الرجم/ الستر على الزاني [رقم/ ٧٢٧٤]، وأحمد في «المسند» [٥/٢١٧]، مِن طريق سُفْيان نحوه.

(٣) هكذا وقَع في النُّسَخ: «فقال»! والذي عند الطَّحَاوِيِّ في «شرح معاني الآثار» [٣/١٦٨]: «قالوا».

(٤) مضىٰ تخريجه.

(٥) مضىٰ تخريجه.

النَّبِيِّ - ﷺ - وَأَصْحَابِهِ - ﷺ - دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَىٰ أَفْضَلِيَّةِ السَّتْرِ إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمَالِ فِي السَّرِقَةِ، فَيَقُولُ: أَخَذَ إِحْيَاءً لِحَقِّ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ (وَلَا يَقُولُ سَرَقَ) مُحَافَظَةً عَلَى السَّتْرِ، وَلِأَنَّهُ لَوْ ظَهَرَتْ السَّرِقَةُ لَوَجَبَ الْقَطْعُ وَالضَّمَانُ لَا يُجَامِعُ الْقَطْعَ فَلَا يَحْصُلُ إِحْيَاءُ حَقِّهِ.

غاية البيان

وحدَّث صاحبُ «السنن»: بإسناده إلىٰ ابنِ عبَّاس ﷺ: «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِمَاعِزِ بْنِ مَالِكٍ: «لَعَلَّكَ قَبَّلْتَ، أَوْ غَمَزْتَ، أَوْ نَظَرْتَ»، قَالَ: لَا، قَالَ: «أَفَنِكْتَهَا؟»، قَالَ: نَعَمْ، قَالَ: فَعِنْدَ ذَلِكَ أَمَرَ بِرَجْمِهِ»[(١)].

فدَلَّتْ هذه الأحاديثُ [٥/٣٥١ظ/م]: أن السَّتْرَ هو المندوبُ، يُؤَيِّدُه: قولُه ﷺ: «مَنْ سَتَرَ عَلَىٰ مُسْلِمٍ؛ سَتَرَهُ اللهُ فِي الدُّنْيَا وَالآخِرَةِ»[(٢)]. رواهُ أبو هُرَيْرَة في «الجامع التِّرمِذِيِّ».

وقد صحَّ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أنه قال: «مَنْ رَأَىٰ عَوْرَةً فَسَتَرَهَا؛ كَانَ كَمَنْ أَحْيَا مَوْءُودَةً مِنْ قَبْرِهَا»[(٣)].

قولُه: (إِلَّا أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَشْهَدَ بِالْمَالِ فِي السَّرِقَةِ، فَيَقُولُ: أَخَذَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يَقُولُ: سرَق»[(٤)]، وذلك لأن القطعَ

(١) أخرجه: البُخَارِيُّ في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة/ باب هل يقول الإمام للمقر لعلك لمسْت أوْ غمَزْت [رقم/ ٦٤٣٨]، وأبو داود في كتاب الحدود/ باب رجم ماعز بن مالك [رقم/ ٤٤٢٧]، وأحمد في «مسنده» [١/ ٢٧٠]، وغيرهم من حديث: ابن عباس ﷺ به.

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) أخرجه: أحمد في «مسنده» [٤/ ١٤٧]، وأبو داود في كتاب الأدب/ باب في السَّتْر علىٰ المسلم [رقم/ ٤٨٩١]، والحاكم في «المستدرك» [٤/ ٤٢٦]، وغيرهم من حديث: عُقْبَة ابْن عَامِرٍ ﷺ به. وهو عند أبي داود دون قوله: «مِنْ قَبْرِهَا».

قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولَمْ يخرجاه».

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢١٩].

قَالَ: وَالشَّهَادَةُ عَلَىٰ مَرَاتِبَ: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا، يُشْتَرَطُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، ولقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]

غاية البيان

والضَّمانَ لا يَجْتَمِعانِ عندَنا، فإنْ سقَطَ القطعُ لشُبْهةٍ؛ وجَبَ المالُ، وإنْ وجَبَ القطْعُ؛ سقَطَ الضَّمانُ[1].

فإذا كان كذلك: وجَبَ علىٰ الشاهدِ أنْ يَقُولَ: أخَذَ، ولا يَقُولُ: سرَقَ. مُراعاةً للجانبَيْنِ: جانبِ صاحبِ المالِ، وجانبِ السارقِ، فيَقُولُ: أخذ، حتَّىٰ يَجِبَ المالُ، ولا يَجِبُ القطعُ؛ لأنه إذا وجَب المالُ يَجيءُ حقُّ صاحبِ المالِ.

وإذا لم يَجِبِ القطعُ يَكُونُ السَّتْرُ علىٰ السارقِ، بخلافِ ما إذا قال: سرَقَ؛ فإنه يَسْقُطُ الضَّمانُ حينَئذٍ، فيَضِيعُ حقُّ صاحبِ المالِ، فلهذا كانت الشَّهادَةُ بالأخْذِ أَوْلَىٰ مِن السَّرِقَةِ؛ لأنها شَهادةٌ علىٰ وَجْهٍ، يَثْبُتُ المالُ دونَ الحَدِّ، وفيه رعايةُ الجانبَيْنِ.

فَإِنْ قُلْتَ: كيف كان السَّتْرُ أفضلَ معَ تنصيصِ قولِه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؟

قُلْتُ: الآيةُ نزلَتْ في المداينةِ في حُقُوقِ العبادِ، لا في الحُدُودِ؛ بدلالةِ الأحاديثِ التي رَوَيْناها آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وَالشَّهَادَةُ عَلَىٰ مَرَاتِبَ: مِنْهَا الشَّهَادَةُ فِي الزِّنَا، يُشْتَرَطُ فِيهَا أَرْبَعَةٌ مِنَ الرِّجَالِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

اعلم: أن الشَّهادَةَ علىٰ مراتبَ، نذْكُرُ جميعَها علىٰ الترتيبِ إنْ شاء اللهُ تَعالىٰ.

(١) ينظر: «الاختيار» [١١٦/٢]، «تبيين الحقائق» [٢٠٨/٤]، «الجوهرة النيرة» [٢٢٥/٢].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢١٩].

. . . .

منها: الشَّهَادَةُ في الزِّنَا، لا يُقْبَلُ فيها إلا شَهَادَةُ أربعةِ رجالٍ عُدُولٍ مسلمين، وهم أحرارٌ، وهم يَشْهَدُونَ أنَّهم رأوا كَالْمِيلِ فِي الْمُكْحُلَةِ.

واشتراطُ الأربعةِ؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ﴾ [النور: ٤]، وقولُه تَعالىٰ: ﴿وَاللَّاتِي يَأْتِينَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥]، وقيل: لأن الزِّنَا فِعْلُ اثنينِ، فيُشْتَرَط علىٰ كلِّ واحدٍ منهما اثنانِ.

واشتراطُ العَدَالَةِ لِمَا مَرَّ في كتابِ «**الحُدُود**»: أن الفاسقَ في أدائِه خللًا وقُصورًا[1] لتُهْمةِ الكذبِ، والكافرُ ليس بأهلِ التحمُّلِ والأداءِ، وكذلك العبدُ ليس له أهْليةُ الأداءِ.

ولا يُقْبَلُ في الشَّهَادةِ في الزِّنَا شَهَادَةُ النساءِ [٥/٣٥٢و/م] أصلًا، لا وحْدَهُنَّ، ولا مَعَ الرجالِ، ولا الشَّهَادَةُ علىٰ الشَّهَادَةِ، ولا كتابُ القاضي إلىٰ القاضي.

أمَّا شَهَادَةُ النساءِ: فلحديثِ الزُّهْرِيِّ: «مَضَتِ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ أَلَّا تُقْبَل شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ فِي الْحُدُودِ [٢/٢٤٩و] وَالْقِصَاصِ»[2]، ولأن في شَهَادةِ النساءِ شُبْهَةَ البدليَّةِ؛ لقيامِ شهادتهنَّ مقامَ شَهَادةِ الرجالِ، والحُدُودُ تَنْدَرِئُ بالشبهاتِ.

وأراد بالخليفتَيْنِ: أبا بكرٍ وعُمرَ ﭫ.

(١) كذا وقع في النُّسَخ «خللًا وقُصورًا» منصوبًا، وهو خبرُ: «إنَّ»! والجادَّةُ: «خللٌ وقُصورٌ» بالرفع، لكنَّ ما وقَع في النُّسَخ يتخرَّج علىٰ لغةٍ لبعض العرب، حيث ينْصِبون بـ: «إنَّ» وأخواتها الجزأيْن: الاسمَ والخبرَ جميعًا. ينظر: «شَرْح الكافية الشافية» لابن مالك [١/١١٨]، و«شَرْح ألفية ابن مالك» للشاطبي [٢/٣١٠]، و«شَرْح الأشموني علىٰ الألفية» [١/٢٩٤].

(٢) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٨٧١٤]، من طريق: عباد بن العوام عن حجاج عن الزهري به نحوه.

وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ لِحَدِيثِ الزُّهْرِيِّ - رحمه الله -: مَضَتِ السُّنَّةُ مِنْ لَدُنْ رَسُولِ اللهِ - ﷺ - وَالْخَلِيفَتَيْنِ مِنْ بَعْدِهِ أَنْ لَا شَهَادَةَ لِلنِّسَاءِ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، وَلِأَنَّ فِيهَا شُبْهَةَ الْبَدَلِيَّةِ لِقِيَامِهَا مَقَامَ شَهَادَةِ الرِّجَالِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ.

وَمِنْهَا: الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ لما قلنا[١].

غاية البيان

والزُّهْرِيُّ: مِن كبارِ التابعين بالمدينةِ، توفِّي في شهرِ رمضان سنةَ أربعٍ وعشرين ومئةٍ. كذا قال القُتَبِيُّ[٢] وغيرُه.

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ النِّسَاءِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ[٣]، وقد مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (وَمِنْهَا: الشَّهَادَةُ بِبَقِيَّةِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، تُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولا يُقْبَلُ [فيها][٤] شَهَادةُ النساءِ»[٥]، وذلك لقولِه تَعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطَّلَاق: ٢]. وقولِه تعالى: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فيُعْمَلُ بعمومِ النصِّ، إلا فيما دلَّ دليلُ الخصوصِ، كما في الزِّنَا؛ لأنه خُصَّ بنصٍّ آخرَ على حِدَةٍ، كقولِه تَعَالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤].

ولا يُقاسُ الحدودُ والقِصَاصُ على الزِّنَا؛ لأن الحدودَ لا يَجُوزُ إثباتُها بالقياسِ

(١) في حاشية الأصل: «خ: لما ذكرنا».
(٢) ينظر: «المعارف» لابن قتيبة [ص/ ٤٧٢].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢١٩].
(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢١٩].

قال: وَمَا سِوَىٰ ذَلِكَ مِنَ الْحُقُوقِ يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ [٥/٣٥٢ظ/م]، سَوَاءٌ كَانَ الْحَقُّ مَالًا، أَوْ غَيْرَ مَالٍ، مِثْلُ: النِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ[١] والوكالة والوَصِيَّةِ[٢] ....

غاية البيان

لشُبْهةٍ فيه، ولأنه يَلْزَمُ حينئذٍ مُعارَضةُ الرأيِّ النصَّ، فلا يَجُوزُ، وهذا لأن عمومَ قوله تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، يَقْتَضِي أنْ يَجوزَ شَهادَةُ الشاهدَيْنِ في الحُدُودِ والقِصَاصِ، والقياسُ على الزِّنَا يَقْتَضِي عدمَ جَوازِها، بل يَقْتَضِي اشتراطَ الأربعةِ، فيَلْزَمُ المعارَضةَ لا محالةَ.

وإنما لَمْ تَجُزْ شهادتُهنَّ؛ لحديثِ الزُّهْرِيِّ الذي قَدَّمناه، ولأن الحُدُودَ [والقِصَاصَ][٣] مما يَسْقُطُ بالشبهةِ، وفي شَهَادَةِ النساءِ شُبْهَةُ البدليَّةِ، فلا يُقْبَلُ.

قال في «الأجناس»: «قال في «نوادرِ ابن رُسْتُم»: ويُقْبَلُ فيه - أي: في التعزيرِ - الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ، والشَّهَادَةُ مِن النساءِ مَعَ الرِّجالِ، ويَجُوزُ فيه العفوُ، ويَصِحُّ فيه الكَفَالَةُ[٤]، وهو حقُّ الآدميِّ».

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إشَارَةٌ إلىٰ حديثِ الزُّهْرِيِّ، وما ذكَره مِن شُبْهَةِ البدليَّةِ.

قولُه: (قال: وَمَا سِوَىٰ ذَلِكَ مِنَ الْحُقُوقِ يُقْبَلُ فِيهَا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ [٥/٣٥٢ظ/م]، سَوَاءٌ كَانَ الْحَقُّ مَالًا، أَوْ غَيْرَ مَالٍ، مِثْلُ: النِّكَاحِ، وَالطَّلَاقِ، والوَصِيَّةِ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٥].

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله: «لا يُقْبَلُ شَهَادةُ النساءِ إلا في الأموالِ وحُقوقِها، كالأجَلِ،

---

(١) زاد بعده في (ط): «والعتاق والعدة والحوالة والوقف والصلح».
(٢) زاد بعده في (ط): «والهبة والإقرار والإبراء والولد والولاد والنسب».
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٤) في «غ»، و«م»: «فيه الكفارة».
(٥) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/ ٢١٩].

....

والخِيارِ، والشُّفْعَةِ، والإجَارةِ، وقَتْلِ الخطأ، وكلِّ جُرْحٍ لا يُوجِبُ إلَّا المالَ، فيَثْبُتُ برجُلٍ وامرأتيْنِ، وكذا فَسْخُ العُقُودِ، وقَبْضُ نجومِ الكِتَابةِ، إلا النجمَ الأخيرَ ففيه وجهان؛ لترتُّبِ العِتْقِ عليه، وما ليس بمالٍ، ولا يَئُولُ إلىٰ مالٍ، كالنِّكَاحِ، والرَّجْعَةِ، والطَّلَاقِ، والعِتْقِ، والإسلامِ، والرِّدَّةِ، والبُلُوغِ، والوَلَاءِ، والعِدَّةِ، والجرحِ، والتعديلِ، والعفوِ عن القِصَاصِ، حتَّىٰ الوِصَايةِ، والوكالةِ، فيَثْبُتُ برجلَيْنِ، ولا يَثْبُتُ برجُلٍ وامرأتيْنِ.

وأمَّا ما لا يَظْهَرُ للرجالِ: كالولادةِ، وعيوبِ النساءِ، والرَّضَاعِ؛ فإنه يَثْبُتُ بأربعِ نسوةٍ، ولا تَثْبُتُ الولادةُ بقولِ القَابِلَةِ وحْدَها». كذا في «**وجيزهم**»[١].

وجهُ قولِه: أن الأصلَ في شَهَادةِ النساءِ: عدمُ القبولِ؛ لقلَّةِ ضَبْطِهنَّ ونُقْصَانِ عَقْلِهنَّ، ألا تَرَىٰ إلىٰ قولِه تعالىٰ: ﴿أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقال ﷺ: «**إنَّهنَّ نَاقِصَاتُ عَقْلٍ ودِينٍ**»[٢]، ولهذا لا تُقْبَلُ شهادتُهنَّ في الحُدُودِ والقِصَاصِ، ولا تُقْبَلُ شهادتُهنَّ منفرداتٍ، وولايتُهنَّ مختَلَّةٌ أيضًا، ولهذا لا تَصْلُحُ للإمَارةِ والقضاءِ.

فعُلِمَ بذلك: أن الأصلَ في شهادَتِهنَّ: عدمُ القبولِ، إلا أنها قُبِلَتْ في الأموالِ ضَرُورَةً؛ لأن المبايعاتِ تقعُ بَغْتةً، وربَّما يتعذَّرُ إحضارُ الذُّكورِ.

ولا يُمْكِنُ إلحاقُ النِّكَاحِ ونحوِه بالمالِ؛ لأن المالَ أقلُّ خطرًا مِن البُضْعِ، ولهذا يَجْرِي البَذْلُ والإباحةُ [٢/٢٤٩ط] في الأموالِ دونَ الأبضاعِ، وكذا النِّكاحُ لا يَقَعُ بغتةً؛ بل بعْدَ مُشاورةٍ، فلَمْ يَلْزَمْ مِن اعتبارِ شهادَتِهنَّ في الأموالِ وحقوقِها

---

(١) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/٤٨، ٤٩].

(٢) مضىٰ تخريجه مِن حديث أبي سعيد الخدري ﷺ مرفوعًا بلَفْظ: «مَا رَأَيْتُ مِنْ نَاقِصَاتِ عَقْلٍ وَدِينٍ أَقْدَر عَلَىٰ سَلْبِ عُقُول ذَوِي الأَلْبَاب مِنْهُنَّ».

وَنَحْوِ ذَلِكَ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّسَاءِ مَعَ الرِّجَالِ إِلَّا فِي الْأَمْوَالِ

غاية البيان

اعتبارُها في غيرِها.

ولنا: قولُه تَعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فتُقْبَلُ شَهَادَةُ المرأتيْنِ معَ الرَّجلِ، إلا فيما دلَّ دليلُ الخصوصِ، كَالزِّنا، والحُدُودِ، والقِصَاصِ، ولأن الأَصْلَ في شهادتِهنَّ القبولُ؛ لقيامِ الحُرِّيَّةِ، والعقلِ، والبُلُوغِ، والضبطِ، والدليلُ على الضبْطِ: قبولُ روايتِهنَّ في الأخبارِ.

غايةُ ما في البابِ: أن في عقولِهنَّ[1] نقْصانًا [٥/٣٥٣و/م] وضلالًا، وذلك يَنْجَبِرُ بانضمامِ الأُخرى إليها، كما قال تَعالى: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولا يَبْقَى بعدَ ذلك إلا الشُّبْهَةُ، فيَسْقُطُ بها ما يَسْقُطُ بالشبهةِ؛ كالحدودِ والقِصَاصِ، ويَثْبُتُ ما لا يَسْقُطُ بالشبهةِ، كسائرِ الحُقُوقِ، بخلافِ شَهَادةِ النساءِ منفرداتٍ؛ حيثُ كان القياسُ: أنْ تُقْبَلَ؛ لوجودِ الحُرِّيَّةِ، والعقلِ، والبُلُوغِ، والضبطِ، إلا أنها لم تُقْبَلْ على خلافِ القياسِ؛ لئَلَّا يُفْضِيَ ذلك إلى كثْرةِ خروجِهنَّ، وهُنَّ مأموراتٌ بالقرارِ في بيوتِهنَّ، قال تَعالى: ﴿وَقَرْنَ فِى بُيُوتِكُنَّ﴾ [الأحزاب: ٣٣].

وَلَا يُقَالُ: ما لا يُقْصَدُ به المالُ إذا لَمْ يُقْبَلْ فيه شَهَادةُ النساءِ منفرداتٍ؛ يَنْبَغِي أَلَّا تُقْبَلَ أيضًا شهادتُهُنَّ معَ الرجالِ، كما في الحُدُودِ والقِصَاصِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: يَبْطُلُ ذلك بالأجَلِ والخِيارِ، على أنَّا نَقُولُ: القياسُ معَ وجودِ الفارقِ بينَ الأصْلِ والفرعِ باطِلٌ، وقد وُجِدَ الفارقُ؛ لأن الأصلَ يَسْقُطُ بالشبهةِ، فلَمْ يُقْبَلْ شَهَادَةُ النساءِ، بخلافِ الفرعِ.

قولُه: (وَنَحْوِ ذَلِكَ)، كَالعَتَاقِ والنَّسَبِ.

(١) وقع بالأصل: «في قولهن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».

وَتَوَابِعِهَا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الْقَبُولِ لِنُقْصَانِ الْعَقْلِ وَاخْتِلَالِ الضَّبْطِ وَقُصُورِ الْوِلَايَةِ فَإِنَّهَا لَا تَصْلُحُ لِلْإِمَارَةِ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فِي الْحُدُودِ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْأَرْبَعِ مِنْهُنَّ وَحْدَهُنَّ إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الْأَمْوَالِ ضَرُورَةً، وَالنِّكَاحُ أَعْظَمُ خَطَرًا وَأَقَلُّ وُقُوعًا فَلَا يَلْحَقُ بِمَا هُوَ أَدْنَى خَطَرًا وَأَكْثَرُ وُجُودًا.

وَلَنَا أَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا الْقَبُولُ لِوُجُودِ مَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ وَهُوَ الْمُشَاهَدَةُ وَالضَّبْطُ وَالْأَدَاءُ، إِذْ بِالْأَوَّلِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلشَّاهِدِ، وَبِالثَّانِي يَبْقَى، وَبِالثَّالِثِ يَحْصُلُ الْعِلْمُ لِلْقَاضِي وَلِهَذَا يُقْبَلُ إِخْبَارُهَا فِي الْأَخْبَارِ، وَنُقْصَانُ الضَّبْطِ بِزِيَادَةِ النِّسْيَانِ انْجَبَرَ بِضَمِّ الْأُخْرَى إِلَيْهَا فَلَمْ يَبْقَ بَعْدَ ذَلِكَ إِلَّا الشُّبْهَةُ فَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ فِيمَا يَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ، وَهَذِهِ الْحُقُوقُ تَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَعَدَمُ قَبُولِ الْأَرْبَعِ عَلَى خِلَافِ الْقِيَاسِ كَيْ لَا يَكْثُرَ خُرُوجُهُنَّ.

قال: وَيُقْبَلُ فِي الْوِلَادَةِ، وَالْبَكَارَةِ، وَالْعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَطَّلِعُ

غاية البيان

قولُه: (وَتَوَابِعِهَا)، أي: وتَوابعِ الأموالِ، نحوُ: الخِيارِ، والأَجَلِ، والشُّفْعَةِ، وغيرِ ذلك مما ذَكَرْنا.

قولُه: (إِلَّا أَنَّهَا قُبِلَتْ فِي الْأَمْوَالِ)، استثناءٌ مِن قولِه: (لِأَنَّ الْأَصْلَ فِيهَا عَدَمُ الْقَبُولِ)، وبيانُه مَرَّ آنفًا.

قولُه: (بِالْأَوَّلِ)، أي: بالمشاهدةِ.

قولُه: (وبِالثَّانِي يَبْقَى)، أي: بالضبطِ يَبْقَى العِلْمُ للشَّاهِدِ.

قولُه: (وَبِالثَّالِثِ)، أي: بالأداءِ.

قولُه: (وَهَذِهِ الْحُقُوقُ)، أراد بها: النِّكاحَ، والطَّلَاقَ، والوَكَالَةَ، والوَصِيَّةَ، ونحوَ ذلك.

قولُه: (وَتُقْبَلُ فِي الْوِلَادَةِ، وَالْبَكَارَةِ، وَالْعُيُوبِ بِالنِّسَاءِ فِي مَوْضِعٍ لَا يَطَّلِعُ

عَلَيْهِ الرِّجَالُ: شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ؛ لقوله [٤٩/ر] ﷺ: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ» وَالْجَمْعُ الْمُحَلَّى بِالْأَلِفِ وَاللَّامِ يُرَادُ بِهِ الْجِنْسُ فَيَتَنَاوَلُ الْأَقَلَّ.

غاية البيان

عَلَيْهِ الرِّجَالُ: شَهَادَةُ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(١).

وقال مالكٌ: ويَجُوزُ شَهَادَةُ امرأتينِ منفردتَيْنِ في الولادةِ، والاستهلالِ، وعيوبِ النساءِ، والإماءِ، ولا يَجُوزُ في ذلك شَهَادَةُ امرأةٍ واحدةٍ. هذا لَفْظُ كتابِ «التفريع»(٢) لأصحابِ مالكٍ رحمه الله. ومذهبُ ابنِ أبي ليلَىٰ في «المبسوط»: كقولِ مالكٍ.

وقال الشَّافعيُّ رحمه الله: يُشْتَرطُ الأربعُ فيما لا يَظْهَرُ للرجالِ، كالولادةِ، وعيوبِ النساءِ، والرَّضاعِ، ولا يَثْبُتُ الولادةُ بقولِ القَابِلَةِ وحْدَها، وقد أمضَيْنا الروايةَ عن «وجيزهم»(٣).

وذكَر الْخِرَقِيُّ(٤) مِن أصحابِ أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ رحمه الله في «مختصره»: «ويُقْبَلُ فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ: مِثْلُ الرَّضاعِ، والولادةِ، والحَيْضِ، والعِدَّةِ(٥)، وما [٥/٣٥٣ظ/م] أشبهَها شَهَادَةُ امرأةٍ عَدْلَةٍ»(٦).

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢١٩].

(٢) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجَلَّاب [٢/ ٢٤٣].

(٣) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/ ٤٨].

(٤) الْخِرَقِيُّ: هو عُمَر بن الحسين بن عبد الله، أبو القاسم، الفقيه العلَّامة شيخ الحنابلة في زمانه، يُنْسَبُ إلى بَيْع الخِرَق. ووفاتُه بدمشق. له تصانيف احترقَتْ، وبَقِيَ منها «المختصر» في مذهب الإمام أحمد، المعروف بـ: «مختصر الْخِرَقِيِّ». (توفي سنة: ٣٣٤ هـ). ينظر: «تاريخ بغداد» للخطيب البغدادي [٨/ ٦٠٣]، و«سير أعلام النبلاء» للذهبي [١٥/ ٣٦٣].

(٥) وقع بالأصل: «والعذرة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الخرقي».

(٦) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/ ١٥٥].

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَى الشَّافِعِيِّ - رحمه الله - فِي اشْتِرَاطِ الْأَرْبَعِ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا سَقَطَ

وقال في «المختلف»: «وعندنا[1]: الواحدةُ تكفِي، والثنتانِ أحوَطُ»[2].

وقال محمدُ بنُ الحسنِ رحمه الله في «المبسوط»[3]: شَهَادةُ امرأةٍ حُرَّةٍ مسلمةٍ تُقبلُ فيما لا يطَّلِعُ عليه الرجالُ كالولادةِ، وإنْ كانت امرأتانِ أوْ ثلاثٌ؛ فأَحبُّ إليَّ؛ لِمَا روَى عَطَاءُ بنُ أبي رباحٍ رحمه الله عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ جَائِزَةٌ»[4].

وجهُ قولِ الشَّافعيِّ رحمه الله: أن كلَّ امرأتيْنِ يقومان مقامَ رَجُلٍ واحدٍ، كما في المُدَايناتِ.

ووجهُ قولِ ابنِ أبي لَيْلَى ومالك رحمهما الله: أن المُعْتَبَر في الشَّهَادةِ شيئان: الذُّكُورَةُ والعددُ، ولم [٢/٢٥٠و] يُعْتَبرِ الذُّكُورَةُ فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ، فيُعْتَبرُ العددُ.

ولنا: ما رَوَيْنا من حديثِ عَطَاءٍ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ، وقد روَاه محمدٌ في أوَّلِ بابِ شَهَادةِ النساءِ من شهاداتِ «الأصل»[5]: عن أبي يوسفَ عن غالبِ بنِ عُبَيْدِ[6] اللهِ عن مجاهدٍ، وعن سعيدِ بنِ المُسَيَّبِ وعَطَاءِ بنِ أبي رباحٍ وَطَاوُسٍ رحمهم الله قالوا: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «شَهَادَةُ النِّسَاءِ جَائِزَةٌ فِيمَا لَا يَسْتَطِيعُ الرِّجَالُ النَّظَرَ إِلَيْهِ»[7].

---

(١) وقع بالأصل: «وعندهما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٤٢/٣].
(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥١٩/١١ - ٥١٩/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٤) قد مضى الكلام عليه.
(٥) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥١٩/١١/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٦) وقع بالأصل، و«ن»: «عبد». والمثبت من: «م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق في جملة من كُتُب الرجال، وقد تصحَّف في المطبوع مِن «الأصل» إلى «عبْد»! والصواب ما أثبتناه. وهو غالب بن عبيد الله العُقيليُّ الْجَزرِي، يرْوِي عَن عَطاء وَمُجاهد. ينظر: «ميزان الاعتدال» للذهبي [٣٣١/٣]، و«تاريخ الإسلام» له [١٨٢/٤]، و«لسان الميزان» لابن حجر [٢٩٧/٦].
(٧) قد مضى الكلام عليه.

الذُّكُورَةُ لِيَخِفَّ النَّظَرُ لِأَنَّ نَظَرَ الْجِنْسِ إِلَى الْجِنْسِ أَخَفُّ فَكَذَا يَسْقُطُ اعْتِبَارُ الْعَدَدِ

غاية البيان

وَجهُ الاستدلالِ بذلك: أن اللامَ للعهدِ، ولم يُمْكِنِ العملُ بالعهدِ؛ لأنه لا عهْدَ في أقسامِ الجُموعِ، فحُمِلَ على الجنسِ مجازًا؛ لأن في الجنسِ معنى الجماعةِ، ومعنى العهدِ أيضًا؛ لأنه يُرَادُ به: هذا الجنسُ مِن أقسامِ الأجناسِ، فكان الحمْلُ على الجنسِ أَوْلَى، ثم الجنسُ يتناوَلُ الأدنى؛ لتيقُّنِه مع احتمالِ الكُلِّ، فقُبِلَتِ الشَّهَادةُ الواحدةُ، فكان الحديثُ حُجَّةً على الخصومِ.

ولأن أصحابَنا رَووا في «الأسرار» وغيرِه: عن حُذَيْفَةَ ﷺ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ: «أَجَازَ شَهَادَةَ الْقَابِلَةِ فِي الْوِلَادَةِ»(١).

وكذلك رُوِيَ عن عليٍّ وابنِ عَبَّاسٍ ﷺ، ولأن ما يُقْبَلُ فيه قولُ النساءِ على الانفرادِ؛ لا يُعْتَبَرُ فيه العددُ، كالإخبارِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وقد ذكَرَ في «مختصر الأسرار»: عن الحاكمِ أنه ذكَر في «المنتقى»: أن لفْظَ الشَّهَادةِ والحريَّةِ غيرُ مُعْتَبرٍ عندَنا، ثم قال: «وقد حُكِيَ عن الكَرْخِيِّ: أن الشَّهَادةَ على الولادةِ ليست بشَهَادةٍ؛ وإنما هي خَبَرٌ».

وقال في «المختلف»: «لنا: أن هذا خَبَرٌ، وليس بشَهَادةٍ، ولهذا لا يُشْتَرطُ لفظةُ الشَّهَادةِ، وخبَرُ الواحدِ في الدِّياناتِ مقبولٌ»(٢).

وَلَا يُقَالُ: شَهَادَةٌ بحقٍّ فيُشْتَرَطُ فيها العددُ كسائرِ الشهاداتِ.

---

(١) أخرجه: الطبراني في «المعجم الأوسط» [١/١٨٩]، والدارقطني في «سننه» [٤/٢٣٢]، والبيهقي في «السنن الكبرى» [١٠/١٥١]، من طريق مُحَمَّد بْن عَبْدِ الْمَلِكِ الْوَاسِطِيِّ، عَنِ الْأَعْمَشِ، عَنْ أَبِي وَائِلٍ، عَنْ حُذَيْفَةَ ﷺ به دون قوله: «فِي الْوِلَادَةِ».

قال الدارقطني والبيهقي: «محمد بن عبد الملك لَمْ يَسْمعه مِن الأعمش، بينهما رجلٌ مجهول».

وقال ابنُ عبد الهادي: «حديثُ حذيفة لَمْ يخرِّجوه، وهو حديثٌ باطلٌ لا أصْل له». ينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي [٥/٧٩]، و«نصب الراية» للزيلعي [٣/٢٦٥].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٦٤٢].

إِلَّا أَنَّ الْمُثَنَّى وَالثَّلَاثَ أَحْوَطُ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْإِلْزَامِ ثُمَّ حُكْمُهَا فِي الْوِلَادَةِ: شَرَحْنَاهُ فِي: «الطَّلَاقِ».

وَأَمَّا حُكْمُ الْبَكَارَةِ: فَإِنْ شَهِدْنَ عَلَى أَنَّهَا بِكْرٌ؛ يُؤَجَّلُ فِي الْعِنِّينِ، وَيُفَرَّقُ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ، إِذِ الْبَكَارَةُ أَصْلٌ، وَكَذَا فِي رَدِّ الْمَبِيعِ، إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْبَكَارَةِ، وإن قُلْنَ إِنَّهَا ثَيِّبٌ يَحْلِفُ الْبَائِعُ لِيَنْضَمَّ نُكُولُهُ إِلَى قَوْلِهِنَّ

غاية البيان

لأنَّا نَقُولُ: سائرُ الشهاداتِ [٥/٣٥٤و/م] لَمَّا اُعْتُبِرَ فيها العددُ لَمْ يُعْتَبَرْ شَهادةُ النساءِ على الانفرادِ، وهنا لَمَّا اعْتُبِرَ شهادتُهنَّ على الانفرادِ لَمْ يُعْتَبَرِ العددُ، كما في الإخبارِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ.

وَلَا يُقَالُ: ما يُشْتَرطُ في سائرِ الشهاداتِ يُشْتَرطُ هنا، فيُشْتَرطُ العددُ.

لِأَنَّا نَقُولُ: يَبْطُلُ ذلك بالذُّكُورةِ، حيث لم يُشْتَرطْ بالإجماعِ.

قولُه: (ثُمَّ حُكْمُهَا فِي الْوِلَادَةِ: شَرَحْنَاهُ فِي «الطَّلَاقِ»)، أي: حُكْمُ شَهادةِ المرأةِ الواحدةِ شرَحْناه في الطَّلَاقِ في بابِ ثبوتِ النَّسَبِ عندَ قولِه: (فَإِنْ جَحَدَ الْوِلَادَةَ: يَثْبُتُ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ تَشْهَدُ بِالْوِلَادَةِ)، ويُنْظَرُ ثَمَّةَ في شرْحِنا هذا.

قولُه: (وَأَمَّا حُكْمُ الْبَكَارَةِ: فَإِنْ شَهِدْنَ عَلَى أَنَّهَا بِكْرٌ؛ يُؤَجَّلُ فِي الْعِنِّينِ، وَيُفَرَّقُ بَعْدَهُ؛ لِأَنَّهَا تَأَيَّدَتْ بِمُؤَيِّدٍ، إِذِ الْبَكَارَةُ أَصْلٌ).

وذكرَ في كتابِ «الاستحسان»[1]: أن امرأةَ العِنِّينِ معَ زَوْجِها إذا اختلَفا بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ، فقال هو: وصلْتُ إليها، وقالَتْ هي: لم يَصِلْ إليَّ. فإنها تُرَى النساءَ، فإنْ قُلْنَ: هي بِكْرٌ؛ فإنها تُخَيَّرُ، فلوِ اختارتِ الفرقةَ؛ فرَّقَ القاضي بينَهما، فأثبتَ الفرقةَ بقولِهِنَّ؛ لتأيُّدِه بشَهادةِ الأصلِ، وهي البَكَارةُ.

قولُه: (وَكَذَا فِي رَدِّ الْمَبِيعِ، إِذَا اشْتَرَاهَا بِشَرْطِ الْبَكَارَةِ).

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢/٢٣٨/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَالْعَيْبُ يَثْبُتُ بِقَوْلِهِنَّ فَيَحْلِفُ الْبَائِعُ.

وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَىٰ اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ: لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يَطَّلِعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ إِلَّا فِي حَقِّ الصَّلَاةِ لِأَنَّهَا مِنْ أُمُورِ الدِّينِ. وَعِنْدَهُمَا تُقْبَلُ فِي حَقِّ الْإِرْثِ أَيْضًا لِأَنَّهُ صَوْتٌ عِنْدَ الْوِلَادَةِ وَلَا يَحْضُرُهَا الرِّجَالُ عَادَةً فَصَارَ كَشَهَادَتِهِنَّ عَلَىٰ نَفْسِ الْوِلَادَةِ.

غاية البيان

قال العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الكبير» في بابِ البَيْعِ: «الذي يَكُونُ فيه الاختلافُ شَهَادَةُ النساءِ بانفرادِهِنَّ فيما لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ حُجَّةٌ مِن غيرِ يَمِينٍ، إذا تأيَّدَتْ بمُؤَيِّدٍ، وإنْ لَمْ تتأيَّدْ يُعْتَبَرُ في حقِّ توجُّهِ الخُصُومةِ، لا في إلْزَامِ الخَصْمِ».

ثم قال: «وإنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً على أنها بِكْرٌ، ثم اختلَفا قبلَ القَبْضِ أوْ بعْدَه، فقال البَائعُ: هي بكْرٌ في الحالِ، فإنَّ القاضيَ يُرِيها النساءَ، فإنْ قُلْنَ: هي بِكْرٌ؛ لزِمَ المُشْتَرِي مِن غيرِ يَمِينِ البائعِ؛ لأن شهادتهُنَّ تأيَّدَتْ بمُؤَيِّدٍ ههنا؛ لأن الأصلَ البَكَارةُ.

وإنْ قُلْنَ: ثَيِّبٌ؛ لَمْ يَثْبُتْ حقُّ الفَسْخِ بشهادتِهِنَّ؛ لأنَّ الفَسْخَ حقٌّ قويٌّ، وشهادتُهنَّ [٢/٢٥٠ظ] حُجَّةٌ ضعيفةٌ؛ لَمْ تتأيَّدْ بمُؤَيِّدٍ، لكن ثبتَ حقُّ الخُصُومَةِ لتوجُّهِ اليَمِينِ على البَائعِ؛ لأنَّ اليَمِينَ لا بُدَّ لها مِن الدَّعْوىٰ والخُصُومَةِ، وحقُّ الخُصُومَةِ حقٌّ ضعيفٌ؛ لأنَّه ليسَ بمقصودٍ لنفسِها، فجازَ أنْ يَثْبُتَ بشهادتهنَّ، فيُحَلَّفُ البَائعُ: لقدْ سلَّمْتُها بحُكْمِ البَيْعِ وهيَ بِكْرٌ، فإنْ لَمْ يكنْ قبَضَها حَلَفَ باللهِ: لقدْ بِعْتُها وهيَ بِكْرٌ، فإنْ نَكَلَ؛ يُرَدُّ عليه، وإنْ حَلَفَ لزِمَ [٥/٣٥٤ظ/م] المُشْتَرِيَ». والبَاقي يُنْظَرُ في آخرِ شرْطِ الخِيَارِ مِن شرْحِنا هذا.

قولُه: (وَأَمَّا شَهَادَتُهُنَّ عَلَىٰ اسْتِهْلَالِ الصَّبِيِّ: لَا تُقْبَلُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁ فِي حَقِّ الإِرْثِ).

قَالَ: وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ العَدَالَةِ، وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّاهِدُ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ، وَقَالَ: أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ.

اعلَمْ: أنَّ شَهادَةَ المرأةِ الواحدةِ الحُرَّةِ المسلمةِ على استِهلالِ الصَّبيِّ في حقِّ الصَّلاةِ عليْه: تجوزُ بالاتِّفاقِ، أمَّا في حقِّ الإرْثِ: فلا تُقبَلُ إلَّا شَهادَةُ رجُلَيْنِ، أوْ رَجُلٍ وامرأتيْنِ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وعندَهما: تُقبَلُ فيهِ شهادتُها وحْدَها؛ لأنَّ صوْتَه يقَعُ عندَ الولادةِ، وعندَها لا يحْضُرُ الرِّجالُ[1].

ولأَبِي حَنِيفَةَ: أنَّ شهادتَها على الاستِهْلالِ في حقِّ الإرْثِ مِن بابِ القَضاءِ والإلْزامِ، فلا يُقْبَلُ شَهادَةُ القابِلَةِ وحدَها؛ لعدمِ الضَّرُورَةِ؛ لأنَّ صوتَ الصَّبيِّ ممَّا يَطَّلِعُ عليهِ الرِّجالُ، بخِلافِ شهادتِها في حقِّ الصَّلاةِ؛ لأنَّها مِن أمورِ الدِّينِ، فيُقْبَلُ خبرُ الواحدِ في الدِّياناتِ.

واستَهلَّ الصبيُّ: إذا صاحَ عندَ الوِلادةِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا بُدَّ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ مِنَ العَدَالَةِ، وَلَفْظَةِ الشَّهَادَةِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الشَّاهِدُ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ، وَقَالَ: أَعْلَمُ أَوْ أَتَيَقَّنُ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

وقدْ بَيَّنَّا قَبْلَ هذا أنَّ الشَّهَادَةَ عَلى مَراتبَ أرْبعةٍ:

شَهَادَةٌ في الزِّنَا: يُشْتَرطُ فيها أربعةٌ مِن الرِّجالِ، ولا تُعْتبرُ شَهادَةُ النِّساءِ.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٣٠/٣]، «المبسوط» [١٤٤/١٦]، «شرح قاضيخان على الجامع الصغير» [ق/ ١٤٧]، «المحيط البرهاني» [٣١٠/٨]، «الاختيار لتعليل المختار» [١٤١/٢]، «تبيين الحقائق» [٢٠٩/٤]، «فتح القدير» [٣٧٤/٧].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢١٩].

أما العدالة فلقوله تعالى: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، ولقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]؛ وَلِأَنَّ الْعَدَالَةَ هِيَ الْمُعِينَةُ لِلصِّدْقِ، لِأَنَّ مَنْ يَتَعَاطَى غَيْرَ الْكَذِبِ قَدْ يَتَعَاطَاهُ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْفَاسِقَ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لِأَنَّهُ لَا يُسْتَأْجَرُ لِوَجَاهَتِهِ وَيَمْتَنِعُ عَنْ الْكَذِبِ لِمُرُوءَتِهِ، وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ، إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ لَوْ قَضَى بِشَهَادَةِ الْفَاسِقِ يَصِحُّ عِنْدَنَا[1] وَالْمَسْأَلَةُ مَعْرُوفَةٌ.

غاية البيان

وشَهَادَةٌ في سائرِ الحُدُودِ والقِصَاصِ: يُشْتَرطُ فيها شَهَادَةُ رجُلَيْنِ، ولا يُقْبَلُ شَهَادَةُ النِّساءِ.

وشَهَادَةٌ في سائرِ الحُقُوقِ: يُعْتَبرُ فيها شَهَادَةُ رجُلَيْنِ، أوْ رَجُلٍ وامْرأتيْنِ.

وشَهَادَةٌ فيما لا يَطَّلِعُ عليهِ الرِّجالُ: كالوِلادةِ والبَكَارَةِ، وعيوبِ النِّساءِ تُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ امرأةٍ واحدةٍ عَدْلةٍ، والثِّنتانِ أحوَطُ.

ثمَّ لا بُدَّ في ذلِكَ كلِّه مِنَ العَدَالَةِ ولفظةِ الشَّهَادَةِ، وهذا هوَ اختِيارُ القُدُورِيِّ، وعليْه مَشايخُنا، ومشايخُ بلْخ، ومشايخُ العراقِ علىٰ خلافِ هذا[2]. كذا ذَكَر في «الخلاصة» قبْل الفصلِ الثّالثِ مِن الشّهاداتِ، وقدْ ذَكَرْنا قبْلَ هذا عن «المنتقىٰ»: أنَّ لفظةَ الشَّهَادَةِ والحرِّيَّةِ غيرُ مُعْتَبرٍ.

وقدْ حُكِيَ عنِ الكَرْخِيِّ: أنَّ الشَّهَادَةَ على الولادةِ ليستْ بِشَهَادَةٍ، وإنَّما هي خبَرٌ، وإليه ذهَبَ صاحبُ «المختلف»[3].

أمَّا اشتراطُ العَدَالَةِ: فلِقولِه تَعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

(١) زاد بعده في (ط): «وقال الشافعي ﷺ: لا يصح».
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٦٧].
(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٤٢/٣].

وَأَمَّا لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فَلِأَنَّ النُّصُوصَ نَطَقَتْ بِاشْتِرَاطِهَا إِذْ الْأَمْرُ فِيهَا بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ، وَلِأَنَّ فِيهَا زِيَادَةَ تَوْكِيدٍ، فَإِنَّ قَوْلَهُ أَشْهَدُ مِنْ أَلْفَاظِ الْيَمِينِ كَقَوْلِهِ أَشْهَدُ بِاللهِ فَكَانَ الِامْتِنَاعُ عَنْ الْكَذِبِ بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ أَشَدَّ.

غاية البيان

وقولِه تَعالى: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، والفاسقُ [٥/٣٥٥و/م] ليسَ بمَرْضِيٍّ، فَلا تُقْبَلُ شَهادَتُه.

وقولِه تَعالى: ﴿ إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ ﴾ [الحجرات: ٦]، ولأنَّ الفاسقَ يَتعاطَى ما هوَ مُحَرَّمٌ في دِينِه، فربَّما يُقدِمُ علىٰ شَهادَةِ الزُّورِ أَيضًا، فتُرَدُّ شَهادَتُه للتُّهمةِ.

وعَن أَبي يوسُفَ ﷺ: أنَّ الفاسِقَ إذا كانَ ذَا مُرُوءَةٍ تُقْبَلُ شَهادَتُه[١]؛ لأنَّه لا يُقْدِمُ على الكذبِ لمُرُوَّتِه[٢]، ولا يُسْتأجَرُ علىٰ شَهادَةِ الزُّورِ لوَجاهتِه، والأولُ أصحُّ لِمَا تلَوْنا مِن الآياتِ، ولأنَّ في قبولِ شهادةِ الفاسقِ إكرامَه، والفاسقُ يجبُ إهانتُه، زَجْرًا لَه عنِ المَعْصِيَةِ.

يُؤَيِّدُه: قولُه ﷺ: «إذَا لَقِيتَ الفَاسِقَ؛ فَالْقَهُ بِوَجْهٍ مُكْفَهِرٍّ»[٣].

وأمَّا اشتراطُ لفظةِ الشَّهادَةِ: فلأنَّ النُّصوصَ جاءَتْ بلَفْظِ الشَّهادَةِ، كقولِه تَعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ﴾ [الطلاق: ٢]، وقولِه تَعالىٰ: ﴿ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، وقولِه تعالىٰ: ﴿ وَأَقِيمُواْ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق: ٢]، وغيرِ ذلك، فلَمَّا وردَتِ النُّصوصُ بلَفْظِ الشَّهادَةِ؛ لَمْ يَجُزْ تغْييرُها وتبديلُها.

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٦/١٣١].

(٢) المُرُوَّة ـ بالتشديد ـ: كالمُرُوءة. وهي آداب نفسانية تحمل مراعاتُها الإنسانَ على الوقوف عند محاسن الأخلاق وجميل العادات. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٣) أخرجه: البيهقي في «شعب الإيمان» [٧/٣٨]، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ قَالَ: «لَمَّا نَزَلَتْ: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ جَٰهِدِ ٱلْكُفَّارَ وَٱلْمُنَٰفِقِينَ وَٱغْلُظْ عَلَيْهِمْ ﴾. أُمِرَ رَسُولُ اللهِ ﷺ أَنْ يُجَاهِدَ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِوَجْهٍ مُكْفَهِرٍّ».

وَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ إِشَارَةٌ إِلَىٰ جَمِيعِ مَا تَقَدَّمَ حَتَّىٰ يُشْتَرَطَ الْعَدَالَةُ، وَلَفْظَةُ الشَّهَادَةِ فِي شَهَادَةِ النِّسَاءِ فِي الْوِلَادَةِ وَغَيْرِهَا هُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْإِلْزَامِ حَتَّىٰ اخْتَصَّ بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْحُرِّيَّةُ وَالإِسْلَامُ.

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: يَقْتَصِرُ الحَاكِمُ عَلَىٰ ظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي المُسْلِمِ ولا يسأل حَتَّىٰ يَطْعَنَ الْخَصْمُ) لِقَوْلِهِ - ﷺ - «الْمُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ،

غاية البيان

قولُه: (هُوَ الصَّحِيحُ)، احترازٌ عَن قولِ مشايخِ العِراقِ [٢/٢٥١و]، وقدْ مَرَّ قبلَ هذا.

قولُه: (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ الحُرِّيَّةُ وَالإِسْلَامُ)، أيْ: يُشْتَرطُ في الشَّاهِدِ: الحُرِّيَّةُ والإِسلامُ في جميعِ ما ذَكَرْنا مِن مَراتبِ الشَّهادَةِ.

قولُه: (قَالَ أَبو حَنِيفَةَ ﷺ: يَقْتَصِرُ الحَاكِمُ عَلَىٰ ظَاهِرِ العَدَالَةِ فِي المُسْلِمِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلَّا في الحُدُودِ والقِصَاصِ، فإنَّه يسألُ عَنِ الشُّهودِ، وإنْ طعَنَ الخَصْمُ فيهِم سألَ عنهُم، وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ ﷺ: لا بُدَّ أن يسألَ عنهُم في السِّرِّ والعَلَانِيَةِ»[١]. ومذهبُ الشَّافِعِيِّ ﷺ كقولِهما[٢]. كذا في «شرح الأقطع»[٣].

وكانَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ يقولُ: «لا خلافَ في هذِه المسألةِ بينَ أصْحابِنا؛ لأنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ أجابَ في زمانِه، وكانَ الغالبُ علىٰ مَن شاهدَه منهُم العَدَالَة، وقَدْ زكَّاهُم رسولُ اللهِ ﷺ بقولِه: «خَيْرُ القُرُونِ قَرْنِي الَّذِي أَنَا فِيهِم، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَفْشُو الكَذِبُ»[٤].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢١٩، ٢٢٠].
(٢) ينظر: «الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٦/ ١٨١]، و«البيان» للعمراني [١٣/ ٤٤].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٨٩].
(٤) أخرجه: ابن أبي شيبة في «مسنده» كما في «جامع المسانيد والسُّنن» لابن كثير [٢/ ١٨٦]،=

إِلَّا مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ» وَمِثْلُ ذَلِكَ مَرْوِيٌّ عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه -، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ هُوَ الِانْزِجَارُ عَمَّا هُوَ مُحَرَّمٌ دِينُهُ، وَبِالظَّاهِرِ كِفَايَةٌ إِذْ لَا وُصُولَ [٤٩/ط] إِلَى الْقَطْعِ.

وأجابَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ رحمهما الله في زمانِهما، وقدْ تغيَّرَ الناسُ، وكثُرَ الفَسادُ، ولوْ شاهدَ ذلكَ أبو حَنِيفَةَ لَقالَ بقولِهما». وهذا معْنى قولِه في «المتن»: (**وَقِيلَ: هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ**).

اعلَم: أنَّ في الحُدُودِ والقِصَاصِ لا يَقْتَصِرُ الحاكمُ على ظاهرِ العَدَالَةِ [٥/٣٥٥ط/م]، بَل يَسْأَلُ عَنَ الشُّهودِ، ويَسْتَقْصِي؛ دَرْءًا للحَدِّ؛ لقولِه ﷺ: «**ادْرَءُوا الحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ**»[1]، ولأنَّ الحُدُودَ يُحْتَاطُ فيها ما لا يُحْتَاطُ في غيرِها، ولهذا لا يُقْبَلُ فيها شَهَادَةُ النِّساءِ، ولا الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ، فوَجَبَ الاحتياطُ بالسُّؤالِ عَنِ العَدَالَةِ.

وأمَّا في غيرِ الحُدُودِ والقِصَاصِ: فإنْ طعَنَ الخصْمُ في الشُّهودِ؛ سألَ عنهُمْ بالاتِّفاقِ؛ لأنَّه حقٌّ وجَبَ لَه بدعْواهُ، وإنْ لَمْ يكُنْ حقًّا لَه قبلَ الدَّعْوى، كحُضورِ مجلسِ الحُكْمِ والاستِحلافِ، وإنْ لَمْ يطْعنِ الخَصْمُ؛ يُكْتَفَى بظاهِرِ العَدَالَةِ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ خلافًا لصاحِبَيْه.

= بلفظ: «خَيْرُ القُرُونِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ ثُمَّ الآخِرُونَ أَرْذَلُ».
وقد علَّقه الترمذي في كتاب الشهادات عن رسول الله ﷺ/باب منه [٤/٥٤٩]، عن عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَفْشُو الكَذِبُ حَتَّى يَشْهَدَ الرَّجُلُ وَلا يُسْتَشْهَدُ، وَيَحْلِفَ الرَّجُلُ وَلا يُسْتَحْلَفُ».
وهو عند البخاري في كتاب الرقاق/ باب ما يحذر من زهرة الدنيا والتنافس فيها [رقم/ ٦٠٦٥]، ومسلم في كتاب فضائل الصحابة/ باب فضل الصحابة ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم [رقم/ ٢٥٣٣]، بلفظ: «خَيْرُ النَّاسِ قَرْنِي، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ الَّذِينَ يَلُونَهُمْ، ثُمَّ يَجِيءُ قَوْمٌ تَسْبِقُ شَهَادَةُ أَحَدِهِمْ يَمِينَهُ، وَيَمِينُهُ شَهَادَتَهُ». لفظ البخاري.

(١) مضى تخريجه.

(إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّهُ يَسْأَلُ عَنْ الشُّهُودِ) لِأَنَّهُ يَحْتَالُ لِإِسْقَاطِهَا

﴿ غاية البيان ﴾

وَجْهُ قولِهما: أنَّ الشَّاهِدَ قدْ يكونُ عدلًا، وقدْ يكونُ فاسقًا، وقدْ يكونُ عبدًا، أوْ كافرًا، فلا بُدَّ مِن الاستكشافِ؛ صِيَانَةً للقَضَاءِ عنِ البطْلانِ على تقْديرِ ظُهورِ الشُّهودِ عبيدًا أوْ كُفارًا.

ووَجْهُ قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَبِلَ شَهَادَةَ الأعرابيِّ على رُؤْيَةِ الهلالِ[1]، ولَمْ يسْألْ عَن عدالتِه في الباطنِ، حيثُ أظهَرَ الإسلامَ، ولأنَّ الظَّاهرَ هوَ العَدَالَةُ في المسلمينَ، قالَ عُمَرُ ﷺ: «المُسْلِمُونَ عُدُولٌ، بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضِهِمْ، إِلَّا مَحْدُودًا فِي قَذْفٍ»[2].

ويُكْتَفَىٰ بِالظَّاهرِ لتَعَذُّرِ الوُصولِ إلىٰ القطعِ؛ لأنَّ قبولَ قولِ المُزَكِّي أيضًا عمَلٌ بالظَّاهرِ، بخِلافِ ما إذا طعنَ المشهودُ عليْه، حيثُ يسْألُ عنِ الشّهودِ؛ لأنَّه تقابَلَ الظاهرانِ؛ لأنَّ الشَّاهِدَ المسلمَ لا يكْذبُ ظاهرًا، فكذلِكَ الخَصْمُ مسلمٌ لا يكذبُ في طَعْنِه ظاهرًا، فوَجَبَ السُّؤالُ؛ طلبًا لترجيحِ أحدِ الظَّاهرَيْنِ على الآخَرِ.

وهذا كمُدَّعِي الشُّفْعَةِ بالجوَارِ، حيثُ لا يُلْزِمُه القاضي إقامةَ البَيِّنَةِ على مِلْكِ الدَّارِ، فإذا طعَنَ الخصْمُ؛ فحينَئذٍ يلْزَمُه إقامةُ البَيِّنَةِ؛ لأنَّ الظَّاهرَ لا يُعْتَبرُ للإلْزَامِ، فَكذا فيما نحنُ فيهِ، ولأنَّ السَّلفَ الصَّالحَ لَمْ يسْألوا عنِ الشُّهودِ؛ بَلِ اكْتَفَوْا على ظاهِرِ العَدَالَةِ، وأوَّلُ مَن سألَ عنهُم: ابنُ شُبْرُمَةَ، فدَلَّ اتفاقُهُم على اعتِبارِ عَدَالَةِ الإسْلامِ[3]. كذا في «**شرح الأقطع**».

---

(١) مضىٰ تخريجه في كتاب الصوم.

(٢) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/٢٠٧]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١٠/١٩٧]، عن عُمَر بْن الخَطَّاب بلفظ: «المُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا مَجْلُودًا فِي حَدٍّ، أَوْ مُجَرَّبًا فِي شَهَادَةِ زُورٍ، أَوْ ظَنِينًا فِي وَلَاءٍ أَوْ قَرَابَةٍ».
قال ابنُ حزم: «لَمْ يصح قط عن عُمَر». ينظر: «المحلىٰ» لابن حزم [٩/٤١٧].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٠].

فَيُشْتَرَطُ الِاسْتِقْصَاءُ فِيهَا، وَلِأَنَّ الشُّبْهَةَ فِيهَا دَارِئَةٌ، وَإِنْ طَعَنَ الخَصْمُ فِيهِمْ؛ سَأَلَ عَنْهُمْ؛ لِأَنَّهُ تَقَابَلَ الظَّاهِرَانِ فَيَسْأَلُ طَلَبًا لِلتَّرْجِيحِ (وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: لَا بُدَّ أَنْ يَسْأَلَ عَنْهُمْ فِي السِّرِّ وَالْعَلَانِيَةِ فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ) لِأَنَّ الْقَضَاءَ مَبْنَاهُ عَلَى الْحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَةُ الْعُدُولِ فَيَتَعَرَّفُ عَنْ الْعَدَالَةِ، وَفِيهِ صَوْنُ قَضَائِهِ عَنْ الْبُطْلَانِ.

وَقِيلَ هَذَا اخْتِلَافُ عَصْرٍ وَزَمَانٍ وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا فِي هَذَا الزَّمَانِ.

ثُمَّ التَّزْكِيَةُ فِي السِّرِّ: أَنْ يَبْعَثَ الْمَسْتُورَةَ إِلَى الْمُعَدِّلِ فِيهَا: النَّسَبُ، وَالحِلَى وَالْمُصَلَّى، وَيَرُدُّ الْمُعَدِّلُ كُلَّ ذَلِكَ فِي السِّرِّ؛ كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُخْدَعَ أَوْ يُقْصَدَ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ طَعَنَ الخَصْمُ فِيهِمْ؛ سَأَلَ عَنْهُمْ)، يعْني: في غيرِ الحُدُودِ والقِصَاصِ؛ لأنَّ في الحُدُودِ والقِصَاصِ يسْألُ قبْلَ الطَّعنِ.

قولُه: (فَيَتَعَرَّفُ)، أي: القاضي، يقالُ: تعرَّفْتُ ما عندَه، أي: تطَلَّبْتُه منه حتَّى عَرَفْتُه.

قولُه: (ثُمَّ التَّزْكِيَةُ فِي السِّرِّ [٢/٢٥١ظ]: أَنْ يَبْعَثَ الْمَسْتُورَةَ إِلَى الْمُعَدِّلِ فِيهَا: النَّسَبُ، وَالحِلَى[1] وَالْمُصَلَّى، وَيَرُدُّ [٥/٣٥٦و/م] الْمُعَدِّلُ كُلَّ ذَلِكَ فِي السِّرِّ؛ كَيْ لَا يَظْهَرَ فَيُخْدَعَ أَوْ يُقْصَدَ)، أي: يُخْدَع المُعَدِّلُ بالمالِ، أوْ يُقْصَد بالإضرار إذا كان ظاهرًا.

وقولُه: (فَيُخْدَعَ)، بالنَّصبِ على أنَّه جوابُ النفْيِ، وكذا قولُه: (يُقْصَدَ)، عطفًا عليْه.

وأرادَ بالمستورةِ: الرُّقْعَةَ الَّتي يبْعثُها القاضي مِن أمِينِه إلى المُعَدِّلِ، وسُمِّيتْ بِها لسَتْرِها عن نظَرِ النَّاسِ العوامِّ.

(١) وقع بالأصل: «أو الحلى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَفِي الْعَلَانِيَةِ لَا بُدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ الْمُعَدِّلِ وَالشَّاهِدِ) لِتَنْتَفِي شُبْهَةُ تَعْدِيلِ غَيْرِهِ، وَقَدْ كَانَتْ الْعَلَانِيَةُ وَحْدَهَا فِي الصَّدْرِ الْأَوَّلِ، وَوَقَعَ الِاكْتِفَاءُ بِالسِّرِّ فِي زَمَانِنَا تَحَرُّزًا عَنْ الْفِتْنَةِ.

غاية البيان

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَفِي العَلَانِيَةِ: لَا بُدَّ أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَ المُعَدِّلِ وَالشَّاهِدِ)، [وذلِكَ][1] لأنَّه قدْ يشترِكُ الاثنانِ في الاسمِ والنَّسبِ والصِّفةِ، ويجْمَعُ بيْنَهُما فيقولُ: هذا [هُو][2] الَّذي عدَّلتُه؛ قطعًا للشَّرِكةِ.

اعلَمْ: أنَّ التَّزْكِيَةَ على نوعيْنِ: تَزْكِيَةُ السِّرِّ، وتَزْكِيَةُ العَلَانِيَةِ.

وصورةُ تَزْكِيَةِ العَلَانِيَةِ: أن يجْمَعَ القاضي بينَ المُعَدِّلِ والشَّاهِدِ، فيقولُ المُعَدِّلُ للشَّاهِدِ الَّذي عدَّلَه: هذا[3] الَّذي عدَّلتُه.

وصورةُ تَزْكِيَةِ السِّرِّ: أنْ يبعثَ القاضي رسولًا إلى المُزَكِّي، ويكتُبَ إليْه كتابًا فيه أسماءُ الشُّهودِ وأنسابُهم، وحِلَاهُم[4]، ومَحالُّهم، وسُوقُهم، إنْ كانَ سُوقيًّا، حتَّى يعرفَ المُزَكِّي، ويسْألَ عَن جيرانِهم وأصدقائِهم، فإذا عرَفَهم؛ فمَنْ عرفَه بالعدالةِ يكْتُبُ تحتَ اسمِه في كتابِ القاضي [إليْه][5]: عدْلٌ جائزُ الشَّهادَةِ، ومَن عرَفَه بالفسْقِ لا يكْتُبُ ذلِكَ تحتَ اسمِه، بلْ يسْكُتُ؛ احترازًا عَن هتْكِ السِّتْرِ.

أوْ يقولُ: اللهُ يعْلَمُ، إلَّا إذا عدَّلَه غيرُه، وخافَ أنَّه لوْ لَمْ يُصَرِّحْ بذلِكَ؛ يقْضِي القاضي بشهادتِه؛ فحينَئذٍ يُصَرِّحُ بذلِكَ، ومَن لَمْ يعرفْه لا بالعدالةِ ولا بالفِسْقِ؛

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٣) وقع بالأصل: «فيقول هذا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٤) حِلَاهم: جمْعُ حِلية، بالكسر والضم، وحِلْيَةُ الإنسان: صِفتُه وما يُرَى منه مِن لَوْن وغيرِه. وقد تقدم التعريف بذلك.
(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَيُرْوَىٰ عَنْ مُحَمَّدٍ: تَزْكِيَةُ العَلَانِيَة بَلَاءٌ وَفِتْنَةٌ.

ثُمَّ قِيلَ: لَا بُدَّ أَنْ يَقُولَ الْمُعَدِّلُ هُوَ عَدْلٌ جَائِزُ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ الْعَبْدَ قَدْ يُعَدَّلُ، وَقِيلَ: يُكْتَفَىٰ بِقَوْلِهِ: هُوَ عَدْلٌ؛ لِأَنَّ الْحُرِّيَّةَ ثَابِتَةٌ بِالدَّارِ وَهَذَا أَصَحُّ.

قَالَ: وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَىٰ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ؛ لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ..........

غاية البيان

يكتُبُ تحتَ اسمِه في كتاب القاضي: مستورٌ.

ثمَّ القاضي إنْ شاءَ جمَعَ بين تَزْكِيَةِ العَلَانِيَةِ وبينَ تَزْكِيَةِ السِّرِّ، وإنْ شاءَ اكتفَىٰ بتَزْكِيَةِ السِّرِّ. كذا ذكرَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان رحمه الله في «فتاواه»[1].

قولُه: (وَالحِلَىٰ)، بالكسر جمْع: حِلْيَة، ويُرْوَىٰ الضمُّ أيضًا، وحِلْيَةُ الإنسانِ ما يُرَىٰ منه مِن لونٍ وغيره.

قولُه: (وَالمُصَلَّىٰ)، وهوَ المسجدُ الَّذي يُصَلِّي فيه الشَّاهِدُ، وقيلَ: المرادُ منهُ: المحَلَّةُ.

قولُه: (وَيُرْوَىٰ عَنْ مُحَمَّدٍ رحمه الله: تَزْكِيَةُ العَلَانِيَة بَلَاءٌ وَفِتْنَةٌ)، وذلكَ لأنَّ الشُّهودَ يُقابِلونَ المُزَكِّيَ - إذا جرَحَهُم - بالأذَىٰ، وتقَعُ بينَه وبينَهُم العَداوةُ.

قولُه: (وَقِيلَ: يُكْتَفَىٰ بِقَوْلِهِ: [هُوَ عَدْلٌ][2])، أي: يُكْتَفَىٰ بقولِ المُعَدِّلِ: هوَ عدْلٌ، ولا يُشْترطُ أنْ يقولَ: هوَ عدْلٌ جائزُ الشَّهَادَةِ، وذلكَ أنَّ كلَّ مَن نَشَأَ في دارِ الإسلامِ فالظَّاهرُ مِن حالِه: الحُرِّيَّةُ، والأولُ أحوَطُ؛ لأنَّه ربَّما [٥/٣٥٦ظ/م] يكونُ الشَّاهِدُ عدْلًا ولا يكونُ حُرًّا، فلا يجوزُ شَهادَتُه.

قولُه: (قَالَ: وَفِي قَوْلِ مَنْ رَأَىٰ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ الشُّهُودِ؛ لَمْ[3] يُقْبَلْ قَوْلُ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الهندية» [٤٥١/٣] طبعة دار الفكر.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) وقع بالأصل: «ولم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الخَصْمِ: إِنَّهُ عَدْلٌ مَعْنَاهُ قَوْلُ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ تَزْكِيَتُهُ، لَكِنْ عِنْدَ مُحَمَّدٍ يَضُمُّ تَزْكِيَةَ الْآخَرِ إِلَىٰ تَزْكِيَتِهِ لِأَنَّ الْعَدَدَ عِنْدَهُ شَرْطٌ.

غاية البيان

الخَصْمِ: إِنَّهُ عَدْلٌ)، أي: قالَ أبو حَنِيفَةَ في «الجامع الصغير»: لا يُقبَلُ تعديلُ المُدَّعَىٰ عليْه علىٰ قولِ مَن قالَ: يسألُ القاضي عنِ الشّهودِ، فكانَ هذا نظيرَ مسألةِ المُزارَعَةِ؛ حيثُ خرَّجَ أبو حَنِيفَةَ ثَمَّةَ أيضًا على قولِ مَن يُجيزُها.

وذلكَ لأنَّ مِن أصلِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ القاضيَ لا يسألُ عنِ الشُّهودِ في غيرِ الحُدُودِ والقِصَاصِ، إلَّا إذا طعَنَ الخَصْمُ، ومعَ هذا إذا سألَ عنْهُم علىٰ قولِ مَن رأىٰ ذلِكَ فقالَ المشْهودُ عليْه: هوَ عدْلٌ؛ لا يكتَفِي بذلِكَ حتَّىٰ يَسْألَ غيرَه؛ لأنَّ تعْديلَ المشْهودِ عليْه ليسَ بتعْديلٍ عَلىٰ الكمالِ، بَل هوَ تعديلٌ مِن وَجْهٍ، وجرْحٌ مِن وَجْهٍ، حيثُ لَمْ يُصَدِّقْه علىٰ شَهادَتِه.

ولفظُ «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه قالَ في قولِ مَن رأىٰ أنْ يُسْألَ عَنِ الشُّهودِ: بأنَّه لا يجوزُ - إذا قالَ الخَصْمُ المشهودُ عليْه: هو عدْلٌ - حتَّىٰ يُسْألَ عنهُ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ «أصل الجامع الصغير».

قالَ [٢/٢٥٢و] الصدرُ الشهيد وغيرُه في «شرح الجامع الصغير»[2]: «وهذا إذا قالَ: هُم عدولٌ، ولكنَّهم أخطأوا، أوْ نَسُوا، أمَّا إذا قالَ: هُم عدولٌ صدَقوا في شهادتِهم؛ فقدِ اعترَفَ بِالحقِّ، فيُقْضَىٰ عليْه، وهذا كلُّه إذا جحَدَ الخَصْمُ، فإنْ كانَ ساكتًا - وهوَ ممنْ يجوزُ أنْ يُرْجَعَ إليهِ في التَّعديلِ - صحَّ منهُ التَّعديلُ، وكانَ كافيًا عندَ أبي يوسُف ﷺ. وعندَ محمَّدٍ ﷺ: يُضَمُّ إلىٰ ذلكَ آخرُ حتَّىٰ يَتِمَّ التَّعديلُ».

وذكرَ محمَّدٌ في كتاب «الزيادات»: أنَّ المشْهودَ عليْه إذا كانَ مِن أهلِ

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٠].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٤٦٦].

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ أَنَّ فِي زَعْمِ الْمُدَّعِي وَشُهُودِهِ أَنَّ الْخَصْمَ كَاذِبٌ فِي إِنْكَارِهِ مُبْطِلٌ فِي إِصْرَارِهِ فَلَا يَصْلُحُ مُعَدِّلًا، وَمَوْضُوعُ الْمَسْأَلَةِ إِذَا قَالَ هُمْ عُدُولٌ إِلَّا أَنَّهُمْ أَخْطَئُوا أَوْ نَسُوا، أَمَّا إِذَا قَالَ صَدَقُوا أَوْ هُمْ عُدُولٌ صَدَقَةٌ فَقَدْ اعْتَرَفَ بِالْحَقِّ.

قَالَ: وَإِذَا كَانَ رَسُولُ الْقَاضِي الَّذِي يُسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ وَاحِدًا؛ جَازَ، وَالِاثْنَانِ أَفْضَلُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ إِلَّا الِاثْنَانِ.

التَّزْكِيَةِ، فإذا أخبرَ أنَّ الشَّاهِدَ عدْلٌ؛ فإنَّه يُسْأَلُ: أصادِقٌ هوَ في هذِه الشَّهادةِ أمْ كاذِبٌ؟ فإنْ قالَ: هوَ كاذبٌ بَطَلَ تعديلُه حيثُ كذَّبَه، وإنْ قالَ: هو صادقٌ؛ كانَ ذلكَ إقْرارًا منهُ بما ادَّعَىٰ عليْه.

فإنْ قالَ: هو صادقٌ ولكنَّه أوهَمَ في هذه الشَّهادَةِ، أوْ غلطَ في هذه الشَّهادَةِ؛ يكونُ ذلكَ تَزْكِيَةً منهُ، ويُسْأَلُ غيرُه، فإذا زكَّاه آخرُ؛ قُضِيَ بشهادتِه؛ لأنَّ مِن أصلِ محمَّدٍ أنَّه لا يُجِيزُ إلا تَزْكِيَةَ اثنينِ، ورُوِيَ عن أبي يوسُف أيضًا: أنه يُجِيزُ تَزْكِيَةَ المُدَّعَىٰ عليْه. كذا ذكَر الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ.

قولُه: (مُبْطِلٌ فِي إِصْرَارِهِ)، بالصَّادِ المهْملةِ، والإصْرارُ: هوَ الثَّباتُ علىٰ الشَّيءِ، أي: الخصمُ مُبْطِلٌ في ثباتِه علىٰ الإنكارِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا كَانَ رَسُولُ الْقَاضِي [٥/٣٥٧و/م] الَّذِي يُسْأَلُ عَنِ الشُّهُودِ وَاحِدًا؛ جَازَ، وَالِاثْنَانِ أَفْضَلُ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ﷺ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا يَجُوزُ إِلَّا الِاثْنَانِ)، وهذِه من مسائِل «الجامع الصغير»[1].

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: وأرادَ بِالرَّسولِ: المُزَكِّي، وعلىٰ هذا الخِلاف المترجِم عَن الشَّاهِدِ، ورسولُ القاضي إلىٰ المُزَكِّي، ورسولُ المُزَكِّي إلىٰ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩١].

وَالْمُرَادُ مِنْهُ الْمُزَكِّي، وَعَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ رَسُولُ الْقَاضِي إِلَىٰ الْمُزَكِّي وَالْمُتَرْجِمُ عَنْ الشَّاهِدِ لَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ فِي مَعْنَىٰ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ وِلَايَةَ الْقَضَاءِ تَنْبَنِي عَلَىٰ ظُهُورِ الْعَدَالَةِ وَهُوَ بِالتَّزْكِيَةِ فَيُشْتَرَطُ فِيهِ الْعَدَدُ كَمَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ فِيهِ،

غاية البيان

القاضي يخبرُه عَن حالِ الشُّهودِ.

لهُ: أنَّ التَّزْكِيَةَ في معْنىٰ الشَّهَادَةِ؛ لأنَّه يُظْهِرُ ما كانَ خفيًّا عندَ القاضي، كالشَّاهِدِ نفسِه، فيُعْتَبَرُ العددُ[1] فيها، كما يُعْتَبَرُ في أصلِ الشَّهَادَةِ، ولهذا يُعْتَبَرُ فيها الحُرِّيَّةُ والعَدَالَةُ بالاتِّفاقِ، ولأنَّ التَّزْكِيَةَ بمنزلةِ الشَّهَادَةِ علىٰ الشَّهَادَةِ؛ لأنَّ الشَّهَادَةَ تَثْبُتُ بِالتَّزْكِيَةِ، والشَّهَادَةُ علىٰ الشَّهَادَةِ لا تَجوزُ بأقلَّ مِن اثنينِ، فكذا التَّزْكِيَةُ.

ولهُما: أنَّ التَّزْكِيَةَ خبَرٌ ليسَ بِشَهَادَةٍ؛ لأنَّها لا تتعرَّضُ لأصْلِ الحقِّ بإثباتٍ، فَلا يُشْتَرطُ في الخبرِ العددُ، ولهذا لا يُشْتَرطُ في التَّزْكِيَةِ لفظةُ الشَّهَادَةِ، ومجلس القَضَاءِ أيضًا، ولأنَّ اشتراطَ العددِ في الشَّهَادَةِ أمرٌ ثبتَ بالنَّصِّ علىٰ خلافِ القياسِ، فَلا يُقاسُ عليْه غيرُه؛ لأنَّ رجْحانَ الصِّدقِ بِالعدالةِ لا بالعددِ في حقِّ العملِ، كما في روايةِ الأخبارِ، وهذا لأنَّ خبرَ الاثنينِ لا يُوجِبُ العِلْمَ كخبرِ الواحدِ، فاقتصرَ الحُكْمُ علىٰ مَوْرِدِ النَّصِّ، فلَمْ يتعدَّ إلىٰ غيرِه، وفي حقِّ العِلْمِ بالتواتُرِ، فلا يُشْتَرطُ العددُ، وإنَّما اعتُبِرتِ الحرِّيَّةُ والعَدَالَةُ؛ لأنَّها مُعمِلةٌ لِلشَّهَادَةِ، فكانَ عمَلُها فوقَ عمَلِ الشَّهَادَةِ.

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»[2] - في مسائلِ الجرحِ والتعديلِ -: «الخلافُ في عددِ المُزَكِّي في تَزْكِيَةِ السِّرِّ، أمَّا في تَزْكِيَةِ العَلَانِيَةِ: فشرْطٌ بِالإجْماعِ».

ثمَّ قالَ: «أهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ في تَزْكِيَةِ السِّرِّ ليسَ بشرْطٍ، وفي الترجمةِ شرْطٌ».

(١) وقع بالأصل: «فيُعْتبر العدالة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٨٤].

وَيُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِي الْمُزَكِّي فِي الْحُدُودِ.

وَلَهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ فِي مَعْنَى الشَّهَادَةِ وَلِهَذَا لَا يُشْتَرَطُ فِيهِ لَفْظَةُ الشَّهَادَةِ وَمَجْلِسُ الْقَضَاءِ، وَاشْتِرَاطُ الْعَدَدِ أَمْرٌ حُكْمِيٌّ فِي الشَّهَادَةِ فَلَا يَتَعَدَّاهَا (وَلَا يُشْتَرَطُ أَهْلِيَّةُ الشَّهَادَةِ فِي الْمُزَكِّي فِي تَزْكِيَةِ السِّرِّ) حَتَّى صَلُحَ الْعَبْدُ مُزَكِّيًا، فَأَمَّا فِي تَزْكِيَةِ الْعَلَانِيَةِ فَهُوَ شَرْطٌ، وَكَذَا الْعَدَدُ بِالْإِجْمَاعِ عَلَى مَا قَالَهُ الْخَصَّافُ - ﵀ - لِاخْتِصَاصِهَا بِمَجْلِسِ الْقَضَاءِ. قَالُوا: [٥٠/و] يُشْتَرَطُ الْأَرْبَعَةُ فِي تَزْكِيَةِ شُهُودِ الزِّنَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ.

غاية البيان

وقالَ في «المختلف»: «يُشْتَرطُ الأربعةُ في الزِّنا عندَ محمَّدٍ رَحِمَهُ اللهُ تعالَى»(١).

قولُه: (وَيُشْتَرَطُ الذُّكُورَةُ فِي الْمُزَكِّي فِي الْحُدُودِ)، يعْني: بالإجْماعِ، وكذلكَ في القِصَاصِ. ذكَرَه في «المختلف»(٢) في كتابِ «الشهادات» في بابِ محمَّدٍ، وذكرَ في «المختلف» و«الحَصْر» في كتابِ «الحُدُود» مِن بابِ أبي حَنِيفَةَ: «يُشْتَرطُ الذُّكُورَةُ في المُزَكِّي عندَ أبي حَنِيفَةَ خِلافًا لهما»(٣).

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «والترجمانُ إذا كانَ أعمَىٰ؛ فعَنْ [٢/٢٥٢ط] أبي حَنِيفَةَ: أنَّه لا [٥/٣٥٧ط/م] يجوزُ، وعَن أبي يوسُف: أنَّه يَجوز، وتعديلُ العبدِ لمولاهُ، والابنِ للأبِ في السِّرِّ يصحُّ عندَ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﵄، والصبيُّ أهلٌ لتعْديلِ السِّرِّ، وكذا كلُّ مَن لا تُقْبلُ شَهادَتُه».

ثمَّ قالَ في «الخلاصة»: «شرَطَ الخَصَّافُ: أنْ يكونَ المُزَكِّي في العَلَانِيَةِ غيرَ المُزَكِّي في السِّرِّ، أمَّا عندَنا: فالَّذي يُزَكِّيهم في السِّرِّ، يُزَكِّيهم في العَلَانِيَةِ»(٤). ذكَرَه في الفصلِ الثَّاني مِن كتابِ القَضَاءِ.

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٣٦/٣].

(٢) المصدر السابق [١٦٣٧/٣].

(٣) نفس المصدر [١١٨٦/٣].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٤٥].

فَصْلٌ

وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَا يَثْبُتُ بِنَفْسِهِ، مِثْلُ البَيْعِ، وَالإِقْرَارِ، وَالغَصْبِ، وَالقَتْلِ، وَحُكْمِ الحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ، أَوْ رَآهُ؛ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ؛ (لِأَنَّهُ عَلِمَ مَا هُوَ الْمُوجِبُ بِنَفْسِهِ) وَهُوَ الرُّكْنُ فِي إِطْلَاقِ الْأَدَاءِ. قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦] وَقَالَ النَّبِيُّ - ﷺ - «إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ».

غاية البيان

فَصْلٌ

لَمَّا ذكَر قبلَ هذا أنَّ الشَّهادَةَ فرضٌ لا يسَعُ كتمانُه، وذكَرَ مراتبَ الشَّهادَةِ: شرَعَ في هذا الفصلِ يذْكُرُ أنَّ أداءَ الشَّهادَةِ يتوقَّفُ على الإشهادِ[1] أمْ لا؟ فقسَمَه على قسمَيْنِ.

قولُه: (وَمَا يَتَحَمَّلُهُ الشَّاهِدُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مَا يَثْبُتُ بِنَفْسِهِ، مِثْلُ البَيْعِ، وَالإِقْرَارِ، وَالغَصْبِ، وَالقَتْلِ، وَحُكْمِ الحَاكِمِ، فَإِذَا سَمِعَ ذَلِكَ الشَّاهِدُ، أَوْ رَآهُ؛ وَسِعَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَإِنْ لَمْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

اعلَمْ: أنَّ أداءَ الشَّهادَةِ على نَوْعَيْنِ:

نوعٌ يصحُّ أداءُ الشَّهادَةِ بِدونِ الإشْهادِ، ولا يحتاجُ إلى الإشْهادِ، بلْ يصحُّ ذلكَ بمجرَّدِ الرُّؤْيَةِ في المرْئِيَّاتِ، والسماعِ في المسْموعاتِ؛ لقولِه تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦].

بيانُه: أنَّ اللهَ تعالى جوَّزَ أداءَ الشَّهادَةِ بعدَ العِلْمِ، وقدْ حَصَلَ العِلْمُ بالرُّؤْيَةِ

---

(١) في: «غ»، و«م»: «على الشهادة».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٠].

قَالَ: وَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ، وَلَا يَقُولُ: أَشْهَدَنِي؛ لأنه كذب، ....

غاية البيان

والسَّماعِ، فتصحُّ الشَّهادَةُ.

يدلُّ عليه: إجماعٌ أيضًا، ألَا ترىٰ أنَّ رَجُلًا لوْ طَلَّقَ امرأتَه ثلاثًا، أوْ أعتقَ أَمَتَه، وسمعَ الرَّجُلانِ ذلكَ، فجاءتِ المرأةُ، أو الأَمَةُ تطلُبُ شهادتَهما؛ لَمْ يسَعْهما تَرْكُ الشَّهادَةِ؛ لئَلَّا يقعَ الرَّجُلُ في الوطْءِ الحرامِ.

قالوا: إنَّما يجوزُ ذلِكَ إذا رأوْه يفْعلُ ذلكَ، أوْ عرَفوا صحَّتَه، فإنْ سَمِعا كلامَه مِن وَراءِ حجابٍ غليظٍ، أوْ حائطٍ [لا يروْنه][(١)]؛ لَمْ تسَعْهمُ الشَّهادَةُ؛ لأنَّ الصَّوتَ يُشْبِهُ الصَّوتُ، فلا تجوزُ الشَّهادَةُ بالشَّكِّ.

والنَّوعُ الثَّاني: الشَّهادَةُ على الشَّهادَةِ لَا يصحُّ، ولا يَثْبُتُ بنفسِه بدونِ الإشهادِ. وسيَجِيءُ بيانُه بعدَ هذا.

ونقلَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» عن كراهيةِ «الواقعات»: «رَجُلٌ طُلِبَ منهُ أنْ يكتُبَ شَهادَةً، أوْ يَشْهَدَ علىٰ عَقْدٍ، فأبَىٰ ذلكَ، فإنْ كانَ الطَّالبُ يجدُ غيرَه؛ فلِلشَّاهدِ أنْ يمْتَنِعَ، وإلَّا فَلا يسَعُه الامتناعُ، فلوْ كتبَ الشَّهادَةَ، وطلبَ منهُ الأداءَ عندَ الحاكِمِ؛ فإنْ كانَ في الصَّكِّ شَهادَةُ جماعةٍ ممَّنْ يُقْبَلُ شهادتُهم، وأجابوه [٥/٣٥٨ م] يسَعُه[(٢)] أيضًا أن يمْتنِعَ، وإنْ لَمْ يكُن في الصَّكِّ جماعةٌ سواهُ، أوْ كانوا لكِنْ لا يُقْبَلُ شهادتُهم أوْ تُقْبَلُ لكنْ شهادةُ هذا أسرعُ قبولًا؛ لا يسَعُه الامتناعُ؛ لِمَا فيهِ مِن تضْييعِ الحقِّ»[(٣)].

قولُه: (قَالَ: وَيَقُولُ: أَشْهَدُ أَنَّهُ بَاعَ، وَلَا يَقُولُ: أَشْهَدَنِي)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) في «م»: «يسعهم».
(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٨٤].

وَلَوْ سَمِعَ مِنْ وَرَاءِ الحِجَابِ؛ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي لَا يَقْبَلُهُ لِأَنَّ النَّغْمَةَ تُشْبِهُ النَّغْمَةَ [فَلَمْ يَحْصُلِ الْعِلْمُ] إِلَّا إِذَا كَانَ دَخَلَ الْبَيْتَ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ فِيهِ أَحَدٌ سِوَاهُ ثُمَّ جَلَسَ عَلَى الْبَابِ وَلَيْسَ فِي الْبَيْتِ مَسْلَكٌ غَيْرُهُ فَسَمِعَ إِقْرَارَ الدَّاخِلِ وَلَا يَرَاهُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ لِأَنَّهُ حَصَلَ الْعِلْمُ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ.

غاية البيان

في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّه لوْ قالَ: أشهَدَني لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّه كذبٌ لأنَّه لَمْ يُشْهِدْه، فلا تجوزُ شَهَادَةُ الكاذِبِ، بخِلافِ ما إذا قالَ: أشهدُ أنَّه باعَ؛ لأنَّه شَهِدَ عَن عِلْمٍ، فجازَ ذلِكَ.

قولُه: (وَلَوْ[2] سَمِعَ مِنْ وَرَاءِ الحِجَابِ؛ لَا يَجُوزُ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ)، ذكَرَ هذا بسبيلِ التَّفريعِ عَلَىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ.

وذلِكَ لِمَا قُلْنا: إنَّ الصَّوتَ يُشْبِهُ الصَّوتَ، فَلا تحصلُ المعْرفةُ؛ لعدَمِ الامْتيازِ، بخِلافِ ما إذا أحاطَ عِلْمُه بأنْ ليسَ في البيتِ غيرُ المُقِرِّ، وليسَ في البيتِ مَنْفَذٌ آخرُ، والشَّاهِدُ علىٰ البابِ يسْمَعُ صوتَه ولا يرَىٰ شخْصَه، حيثُ تجوزُ شَهَادَتُه في هذِه الصُّورةِ لتحقُّقِ العِلْمِ.

وَقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «إذا أقرَّتِ[3] المرأةُ وراءَ الحِجَابِ؛ لا يجوزُ لمنْ سَمِعَ أنْ يشْهَدَ علىٰ إقرارِها، إلَّا إذا رأىٰ شخْصَها، فحينئذٍ يَجوزُ. شرَطَ في شَهَادَةِ «النوازل»: رُؤْيَةَ شَخْصِها دونَ وَجْهِها»[4].

قولُه: (وَلَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي)، لا يَقْبَلُ؛ بأنْ قالَ: إني أشهدُ مِن وراءِ الحِجَابِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

(٢) وقع بالأصل: «ولم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».

(٣) في «غ»: «إذا قرّت». والمُثْبت هو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق١٨٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٨٥].

وَمِنْهُ مَا لَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ، مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ، إِلَّا أَنْ يُشْهِدَهُ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ بِنَفْسِهَا، وَإِنَّمَا تَصِيرُ مُوجِبَةً بِالنَّقْلِ إِلَى مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِنَابَةِ وَالتَّحْمِيلِ وَلَمْ يُوجَدْ (وَكَذَا لَوْ سَمِعَهُ يُشْهِدُ الشَّاهِدَ عَلَى شَهَادَتِهِ لَمْ يَسَعْ لِلسَّامِعِ أَنْ يَشْهَدَ) لِأَنَّهُ مَا حَمَلَهُ وَإِنَّمَا حَمَلَ غَيْرَهُ.

غاية البيان

والنَّغْمَةُ(١): الصوتُ الخفيُّ.

قولُه [٢/٢٥٣و]: (وَمِنْهُ مَا لَا يَثْبُتُ حُكْمُهُ بِنَفْسِهِ، مِثْلُ الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ، فَإِذَا سَمِعَ شَاهِدًا يَشْهَدُ بِشَيْءٍ؛ لَمْ يَجُزْ أَنْ يَشْهَدَ عَلَى شَهَادَتِهِ، إِلَّا أَنْ يُشْهِدَهُ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وكذلِكَ لوْ سَمِعَه يُشْهِدُ الشَّاهِدَ على شَهَادَتِه؛ لَمْ يسَعِ السامعَ أنْ يَشْهدَ»(٢)، وذلكَ لأنَّ الشَّهادَةَ لا تُثْبِتُ شيئًا بنفسِها، ولهذا تفتَقِرُ إلى قَضَاءِ القاضي بذلِكَ، فإذا كانتْ كذلِكَ؛ لَمْ يكُنْ بُدٌّ مِن الإنابةِ بتحْميلِ الشَّهادَةِ على الفرْعِ، حتَّى ينقُلَها الفرعُ إلى مجلسِ القاضي، وكذلِكَ لا تَجوزُ شَهَادَتُه بالسَّماعِ إذا سَمِعَ الشَّاهِدُ يُشْهِدُ غيرَه؛ لأنَّه لَمْ يُوجَدِ التَّحميلُ في حقِّ السَّامعِ؛ لأنَّه حَمَّلَ غيرَ السَّامعِ.

قالَ محمَّدٌ ﵀ في «الجامع الصغير»: «عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﵁: في رَجُلٍ قالَ: أشهَدَني فلانٌ على نَفْسِه بكذا وكذا. قالَ: لا يَنبغي لنا أنْ نَشْهدَ على شَهَادَتِه حتَّى يقولَ: اشْهَدوا على شهادَتي بذلِكَ»(٣).

قالَ فخرُ الإسْلامِ: وأصْلُه: أنَّ الشَّهادَةَ على الشَّهادَةِ تحميلٌ وتَوْكِيلٌ، فلا يصحُّ مِن غيرِ تحميلٍ، أمَّا على قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف: فإنَّ الحُكْمَ يُضاف

---

(١) إشارة إلى قول صاحب «الهداية»: «لأنَّ النَّغْمَةَ تُشْبِهُ النَّغْمَةَ». ينظر: «الهداية» للمَرْغيناني [١١٩/٣].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].
(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٢].

قَالَ: وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَىٰ خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ، إِلَّا أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ؛ لِأَنَّ الْخَطَّ يُشْبِهُ الْخَطَّ فَلَمْ يَحْصُلِ الْعِلْمُ. قِيلَ هَذَا عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

غاية البيان

إلىٰ الفُروعِ، لكن [٥/٣٥٨ظ/م] تحمُّلهمْ إنَّما يصحُّ بعِيانِ ما هوَ حُجَّةٌ، والشَّهادةُ في غيرِ مجْلسِ القاضي ليسَ بحُجَّةٍ، فيجِبُ النقلُ إلىٰ مجلسِ القاضي ليصيرَ حُجَّةً، فيَتَبيَّنُ أنَّ التَّحمُّلَ حَصَلَ بِما هوَ حُجَّةٌ، فلَمَّا لَمْ يكن بُدٌّ مِنَ النقْلِ؛ لَمْ يكن بُدٌّ مِن التَّحميلِ.

فأمَّا عندَ محمَّدٍ: فإنَّ الحُكْمَ إنَّما يقَعُ بشَهادةِ الكلِّ، فإذا كانَ كذلِكَ؛ لَمْ يكُنْ بُدٌّ مِن نَقْلِ الشَّهادةِ إلىٰ مجلسِ القاضي.

وأصْلُ هَذا الاختِلافِ في الضَّمانِ عندَ الرُّجُوعِ: لا ضَمانَ[1] علىٰ الأُصولِ عندَهما، وعندَ محمَّدٍ: يشْتَرِكونَ إنْ رجَعُوا جميعًا.

وقالَ محمَّدٌ ﵀ في «الجامع الصغير»[2] أيضًا: في رَجُلٍ أشهدَ قومًا علىٰ شَهادتِه، فسَمِعَ آخَرونَ. قالَ: ليسَ ينبَغي لهُم أنْ يشْهَدوا علىٰ شَهادتِه بذلِكَ، لِمَا ذكَرْنا أنَّ التَّحميلَ شرْطٌ، وهوَ بخِلافِ القاضي إذا أشهدَ علىٰ قضيَّةٍ، وسَمِعَ بذلِكَ آخرونَ؛ وَسِعهُم أنْ يشهَدوا؛ لأنَّ قضاءَه حُجَّةٌ بمنزلةِ الإقْرارِ والبَيْعِ وغيرِ ذلِكَ، يصحُّ التَّحميلُ مِن غيرِ إشهادٍ[3]. كذا ذكَرَ فخرُ الإسْلامِ البَزْدَويُّ في «شرح الجامع الصغير».

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَحِلُّ لِلشَّاهِدِ إِذَا رَأَىٰ خَطَّهُ أَنْ يَشْهَدَ، إِلَّا أَنْ يَتَذَكَّرَ الشَّهَادَةَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[4].

(١) وقع بالأصل: «إلا ضَمان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٢ - ٣٩٣].
(٣) // //
(٤) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/ ٢٢٠].

وَعِنْدَهُمَا يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ.

ولَمْ يذْكُرِ الخلافَ فيهِ كَما ترَىٰ، وكذا لَمْ يذْكُرِ الخلافَ في «شرح الأقطع»، وكذلِكَ ذكرَ الخَصَّافُ المسألةَ في «أدب القاضي»[1] في بابِ الرَّجُل يرَىٰ اسمَه وخَطَّه، ولا يذْكُرُ الشَّهادَةَ مطلقًا، ولَمْ يذكرِ الخلافَ، فلأجْلِ هذا قالَ صاحبُ «الهداية»: (قِيلَ: هَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَهُمَا: يَحِلُّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ).

وكذلِكَ ذكرَ الخلافَ في «المختلف» حيثُ قالَ[2]: «إذا وَجدَ القاضي صحيفةً فيها شَهادَةُ شهودٍ عندَه، وهوَ غيرُ حافظٍ للحادثةِ؛ لَمْ يَقْضِ بذلكَ، وكذلكَ قالَ في الصَّكِّ وفي روايةِ الأخبارِ. وقالا: لهُ أنْ يَقْضِيَ، ويشْهَدَ، ويرْوِيَ إذا عَلِمَ أنّه خطُّه على الحقيقةِ»[3].

وقالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «النوازل»: «قالَ نُصَيْرُ بنُ يَحيىٰ: كتبْتُ إلىٰ محمَّدِ بنِ مُقاتلٍ فيمنْ نَسِيَ شَهادَتَه ووَجَدَ خطَّه وعرَفَه. قالَ: يسَعُه أنْ يشْهدَ إذا كانَ الخطُّ في حِرْزِه. وكتبْتُ إلىٰ ابنِ الثَّلْجِيِّ فقالَ: قدْ يكونُ في الخطِّ غلَطٌ». يعْني: لا يسَعُه أنْ يشْهدَ.

قالَ الفقيهُ: «وهوَ قولُ أَبي حَنِيفَةَ، والأولُ قولُ أبي يوسُف ومحمَّدٍ رحمهما الله».

وقالَ في «الأجناس»[4]: «قالَ في «المجرّدِ»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: لوْ شهِدوا علىٰ صَكٍّ فقالوا: نعْرفُ أنَّ هذا خطُّنا وخواتيمُنا، لكِن لا نذْكرُه، لَمْ يكُنْ لِلقاضي أن يُنْفِذَ شيئًا من ذلِكَ، فإنْ أنفَذَه قاضٍ غيرُه، ثمَّ اختصَموا إليْه في ذلِكَ؛ أنفَذَه؛ لأنَّ هذا ممَّا يختلِفُ فيه القُضاةُ».

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/٤٠٥ ـ ٤٠٨].
(٢) يعني: نقْلًا عن أبي حنيفة، فالقول قوله هناك.
(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٦٢٣].
(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٢١٠].

. . . .

غاية البيان

ثمَّ قالَ في «الأجناس»: «وقدْ ذكرَ في «نوادر ابن رُسْتُم»: عَن محمَّدِ بنِ الحسنِ: أنّه يَسَعُ الشَّاهِدَ أنْ [۲۵۳/۲ظ] [٥/٣٥٩و/م] يشْهدَ على خطِّه وإنْ لَمْ يذْكرْه»، ولَمْ يذْكُرْ صاحبُ «الأجناس» خلافَ أبي يوسُفَ.

وقالَ صاحبُ «الهداية»: (وَقِيلَ: هَذَا بِالاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِيمَا إذَا وَجَدَ القَاضِي شَهَادَةً فِي دِيوَانِهِ، أَوْ قَضِيَّتَهُ)، يعْني: عدَم حِلِّ الشَّهادَةِ للشَّاهِدِ بمعْرفةِ الخطِّ بدونِ تذَكُّرِ الحادثةِ بالاتِّفاقِ.

وإنَّما الخلافُ بينَ أبي حَنِيفَةَ وصاحبَيْهِ ﷺ: فيما إذا رأىٰ القاضي قضيَّتَه في ديوانِه، أوْ شَهَادَتَه، ولَمْ يتذَكَّرِ الحادثةَ، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: لا يعْمَلُ بذلِكَ خلافًا لصاحبَيْهِ[1].

وإلىٰ هذا الوجهِ مالَ رُكْنُ الإسلامِ أبو الفضلِ الكَرْمَانِيُّ في «إشارات الأسرار» حيثُ قالَ: «وإذا وَجدَ القاضي في قِمَطْرِه قَضَاءً بخَطِّه مختومًا بخَتْمِه، ولَمْ يتذَكَّرْ؛ لَمْ يعْمَلْ بِه عندَ أَبي حَنِيفَةَ خلافًا لهما».

وقالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخسِيُّ في «شرح أدب القاضي» في باب القاضي يقْضي بعِلْمِه: «القاضي إذا وَجدَ سِجلًّا في ديوانِه سَجَّلَه، وهوَ مَختومٌ بخاتمِه، ومكتوبٌ بخطِّه، ولكنَّه لا يذْكُرُ ذلكَ؛ فعندَ أَبي حَنِيفَةَ: لا يقْضِي بذلِكَ حتَّىٰ يتذَكَّرَ. وعندَهما: يَقْضِي، وذلكَ لأنَّ السِّجِلَّ إنَّما يُكْتَبُ ليكونَ حُجةً عندَ الحاجةِ إليْه، وإنَّما يُحْتاجُ إليْه عندَ النِّسيانِ، فأمَّا إذا كانَ القاضي ذاكرًا فإنَّه لا يحتاجُ إلىٰ الرُّجُوعِ إلىٰ السِّجِلِّ في ديوانِه، فإذا وقعتِ الحاجةُ إليهِ عندَ النِّسيانِ يجبُ أنْ يكونَ ذلكَ حُجةً ويُنفِّذها، وأبو حَنِيفَةَ يقولُ بأنَّ العِلْمَ شرْطٌ لنفوذِ القَضاءِ، ولَمْ يُوجَدِ العِلْمُ.

---

(1) ظر: «المبسوط» للسرخسي [١٨/١٧٤]، «المحيط البرهاني» [٨/٢٩٤]، «فتح القدير» [٧/٣٨٧]، «حاشية ابن عابدين» [٥/٤٣٧].

....

وكذلِكَ إذا وَجدَ خطَّه مكتوبًا في صَكٍّ في يدَيْ رَجُلٍ، ولكنَّه لا يذْكُرُ الشَّهادَةَ، فعندَ أَبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف: لا يشْهَدُ. وعندَ محمَّدٍ: يشْهَدُ، محمدٌ مَرَّ علىٰ أصْلِه.

وأبو يوسُف فرَّق بينَ مسألةِ الشَّهادَةِ وبينَ مسألةِ السِّجلِّ الَّذي كتبَه القاضي في ديوانِه، وذلِكَ لأنَّ السِّجلَّ يكونُ في ديوانِه وخريطتِه وتحتَ خَتْمِه، فيُؤمَنُ فيهِ الزِّيادَةُ والنُّقْصَانُ، والتَّغييرُ والتَّبديلُ.

وليسَ كذلكَ الشَّهادَةُ علىٰ الصَّكِّ؛ لأنَّه في يدِ غيرِ الشَّاهِدِ، فَلا يُؤمَنُ فيهِ الزِّيادَةُ والنُّقْصَانُ، فَلا يشْهدُ حتَّىٰ يتذَكَّرَ الحادثةَ.

وفي رِوايةِ الأخْبارِ عَنِ النَّبيِّ ﷺ: إذا وَجدَ سماعَه مكتوبًا في موضعٍ، ولا يتذَكَّرُ ذلكَ عندَ أَبي حَنِيفَةَ لا يَحِلُّ له أنْ يرْوِيَ، وعندَ محمَّدٍ: يَحِلُّ لَه أنْ يرْوِيَ. وعَن أَبي يوسُف رِوايتانِ»[1]. كذا في «**شرح أدب القاضي**».

وأبو حَنِيفَةَ شدَّدَ في هذا البابِ، فشَرَطَ لحِلِّ رِوايةِ الأخْبارِ: أنْ يحفَظَ الحديثَ علىٰ ظَهْرِ القلْبِ، مِن حينَ سَمِعَ إلىٰ أنْ يرْوِيَ، ولهذا قلَّتْ روايتُه الأخبارَ.

وعندَهُما: لا يُشْتَرطُ [٥/٣٠٩ظ/م] هذا لِروايةِ الأخْبارِ؛ لأنَّ هذا [البابَ][2] بابُ الدِّينِ، وبابُ الدِّياناتِ مَبْنِيٌّ علىٰ التوسُّعِ.

ألَا ترىٰ أنَّ قولَ الواحدِ فيهِ مَقْبولٌ، ولأنَّ في الأخبارِ كثْرةً لا يُمْكِنُ حِفْظُ الكُلِّ، بخِلافِ الشَّهاداتِ علىٰ قولِ أَبي يوسُفَ ؒ؛ لأنَّ بِها قلَّةً يُمْكِنُ حِفْظُها، فيُشْتَرطُ الحِفْظُ في بابِ الشَّهاداتِ دونَ رِوايةِ الأخْبارِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسي [١٦/٩٢]، «المحيط البرهاني» [٨/٥٠]، «البناية شرح الهداية» [٩/١٢٥]، «فتح القدير» [٧/٣٨٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فتح»، و«غ»، و«ض».

وَقِيلَ هَذَا بِالِاتِّفَاقِ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِيمَا إِذَا وَجَدَ الْقَاضِي شَهَادَةً فِي دِيوَانِهِ أَوْ قَضِيَّتَهُ، لأن ما يكون فِي قِمَطْرِهِ فَهُوَ تَحْتَ خَتْمِهِ يُؤْمَنُ عَلَيْهِ مِنَ الزِّيَادَةِ وَالنُّقْصَانِ فَحَصَلَ لَهُ الْعِلْمُ بِذَلِكَ وَلَا كَذَلِكَ الشَّهَادَةُ فِي الصَّكِّ لِأَنَّهُ فِي يَدِ غَيْرِهِ، وَعَلَى هَذَا إِذَا ذَكَرَ الْمَجْلِسَ الَّذِي كَانَتْ فِيهِ الشَّهَادَةُ أَوْ أَخْبَرَهُ قَوْمٌ مِمَّنْ يَثِقُ بِهِ أَنَّا شَهِدْنَا نَحْنُ وَأَنْتَ.

غاية البيان

قُلْتُ: وعِندي قولُ أَبي حَنِيفَةَ أحوطُ؛ لقولِه تَعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦]. ولقولِه ﷺ لابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما: «إِذَا رَأَيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ؛ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ»[١]. ولأنَّ الخَطَّ يُشْبِهُ الخَطَّ، فإذا لَمْ يتذكَّرِ الحادثةَ فَلا يُؤْمَنُ أنْ يكونَ ذلكَ الخَطُّ خَطَّ غيرِه، فَلا تجوزُ الشَّهادَةُ بِالشَّكِّ.

قولُه: (وَجَدَ القَاضِي شَهَادَةً فِي دِيوَانِهِ)، يعْني: أنَّ القاضيَ [إذا][٢] كانَ أثبتَ شَهادَةَ الشُّهودِ في ديوانِه، ثمَّ جاءَ المشهودُ له يطلُبُ حُكْمَ القاضي، والقاضي لا يتذكَّرُ الحادثةَ؛ لَمْ يَجُزْ له أنْ يَحْكُمَ بذلِكَ عندَ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله.

قولُه: (أَوْ قَضِيَّتَهُ)، بالنصْبِ، عطفًا على قولِه: (شَهَادَةً)، والضميرُ راجعٌ إلى القاضي.

قولُه: (فِي قِمَطْرِهِ)، أيْ: في خَرِيطتِه.

قولُه [٢/٢٥٤و]: (وَعَلَى هَذَا إِذَا ذَكَرَ المَجْلِسَ الَّذِي كَانَتْ فِيهِ الشَّهَادَةُ)، أيْ: على ما قيلَ مِن الوجْهينِ، مِن وَجْهِ الاتِّفاقِ والاختِلافِ.

---

(١) أخرجه: العقيلي في «الضعفاء» [١/٦٩]، وأبو نعيم في «حلية الأولياء» [٤/١٨]، والبيهقي في «شعب الإيمان» [٧/٤٥٥]، من حديث ابن عباس رضي الله عنهما به نحوه.
قال ابنُ حزم: «هذا خبر لا يصح سنده». وقال ابن حجر: «أخرجه ابن عدي بإسناد ضعيف، وصحَّحه الحاكم فأخطأ». ينظر: «المحلى» لابن حزم [٨/٥٣٤]. و«بلوغ المرام» لابن حجر [ص/ ٢٦٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

قَالَ: وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ، إِلَّا النَّسَبَ، وَالمَوْتَ، وَالنِّكَاحَ، وَالدُّخُولَ، وَوِلَايَةَ القَاضِي؛ فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ.

غاية البيان

يعني: إذا ذكرَ مجلسَ الشَّهادةِ، ولَمْ يَتذكَّرِ الحادثةَ؛ لا يَحِلُّ له أنْ يشهدَ بالاتِّفاقِ، وقيلَ: لا يَحِلُّ ذلِكَ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ خِلافًا لهُما، وكذلِكَ الحُكْمُ فيما إذا أخبرَه قومٌ ثقةٌ: شَهِدْنا نحنُ وأنتَ، وهوَ لا يَتذكَّرُ الحادثةَ.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَجُوزُ لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِشَيْءٍ لَمْ يُعَايِنْهُ، إِلَّا النَّسَبَ، وَالمَوْتَ، وَالنِّكَاحَ، وَالدُّخُولَ، وَوِلَايَةَ القَاضِي؛ فَإِنَّهُ يَسَعُهُ أَنْ يَشْهَدَ بِهَذِهِ الأَشْيَاءِ إِذَا أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

قالَ في «شرح الأقطع»: «وهذا الَّذي ذكرَه استِحْسانٌ، والقياسُ ألَّا تجوزَ الشَّهادةُ»[2].

وَجْه القياسِ: أنَّ الشَّهادَةَ مأخوذةٌ مِن المشاهدةِ، ولَمْ تُوجَدِ المُشاهدةُ، فلَمْ تَجُزِ الشَّهادةُ، كما في البَيْعِ والهِبَةِ ونحوِ ذلِكَ، ولأنَّ النَّبيَّ ﷺ قالَ: «إذا رأَيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ؛ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ»[3].

ووَجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّه لا طريقَ إلىٰ معرفةِ هذِه الأَشياءِ سِوىٰ الخبرِ؛ لأنَّ العادةَ لَمْ تجْرِ بحضورِ النَّاسِ الوِلادةَ، وإنَّما يَرَوْنَ الصَّبيَّ معَ أُمِّه، ويَنْسُبونَ إلىٰ الأبِ، ويقولونَ: هوَ ابنُ فلانٍ، وكذلِكَ عندَ الموتِ لا يحْضُرُه إلَّا الأقاربُ[4]، فإذا رأَوْا الجنازةَ والدَّفنَ؛ حكَمُوا بأنَّ فلانًا ماتَ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩١].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) وقع بالأصل: «لا يحضره الأقارب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».

....

غاية البيان

وكذلكَ النِّكَاحُ لا يحضُرُه كلُّ [٤/٣٦٠ظ/م] أحدٍ، فإذا أخبرَ بعضُهم بعضًا أنَّ فلانًا نكَحَ فلانةَ؛ يقتصرونَ على ذلكَ في التَّحقُّقِ، وكذلكَ الدُّخولُ لا يُعْلَمُ إلَّا بأماراتِه، وكذلِكَ ولايةُ القاضي لا يحضُرُها كلُّ أحدٍ، فإذا قُرِئَ الحُكْمُ، وجلسَ القاضي في مجلسِ الحُكَّامِ، ونظَرَ بيْنَ الخصومِ؛ تحقَّقُوا أنَّه قاضٍ.

فلَمَّا لَمْ يكُنْ طريقٌ غيرُ الخبرِ في معرفةِ هذِه الأشياءِ؛ صحَّ الشَّهادةُ بالتَّسامُعِ، وإنْ لَمْ تُوجدِ المُعَايَنَةُ؛ لأنَّه إنِ اشْتُرِطَ المُعَايَنَةُ يلزمُ الحرَجُ؛ لأنَّه لا تحصلُ المُعَايَنَةُ إلَّا لخواصَّ مِن النَّاسِ، وقدْ تعلَّقَتْ بهذِه الأشياءِ أحكامٌ تَبْقَى على مُضِيِّ الدُّهورِ.

فلوِ اشْتُرِطَتِ المُعَايَنَةُ ضاعتِ الحُقُوقُ، وفي ضَيَاعِها حرجٌ عظيمٌ، والحرجُ مدفوعٌ شرْعًا، ألَا ترَىٰ أنَّا نشهدُ أنَّ عليًّا: ابنُ أبي طالبٍ[1]، وإنْ لَمْ نُعاينِ الولادةَ، وأنَّ أبا بكرٍ وسائرَ الصَّحابةِ ﷺ ماتوا، وإنْ لَمْ نُعاينِ الموتَ، ونشْهدُ أنَّ عائشةَ زوجةُ النَّبيِّ ﷺ، وإنْ لَمْ نُعاينِ النِّكاحَ، وكذا نشْهدُ أنَّ النَّبيَّ ﷺ دخَلَ بها وإنْ لَمْ نُعاينِ الدُّخولَ، وكذا نشْهدُ أنَّ شُرَيْحَ بنَ الحارثِ كانَ قاضيًا، وإنْ لَمْ نُعاينْ ذلكَ.

ونقَلَ الشيخُ أبو نصْرٍ البَغْدَادِيُّ ﷺ **عن «الأصل»**: أنَّه إذا سمعَ ذلكَ مِن واحدٍ ثقةٍ؛ جازَ أنْ يشْهدَ.

ثمَّ قالَ: «وذكرَ بِشْرٌ عنْ أبي يوسُف عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّه لا يشْهدُ حتَّىٰ يسْمَعَ مِن جماعةٍ». ثمَّ قالَ: «وعَن أبي يوسُف: حتىٰ يسْمَعَ مِن عدْلَينِ».

ثمَّ قالَ: «قالَ الخَصَّافُ: لا يسَعُه حتَّىٰ يسْمَعَ ذلكَ مِن العامَّةِ، ويظْهَر إذا تتابعَتْ به الأخبارُ، ووقَعَ في قلْبِه تصديقُ ذلكَ؛ وَسِعَه أنْ يشْهدَ بِه»[2].

(١) وقع بالأصل: «أن عَلِيّ بن أبي طالب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩١].

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»[(١)]: «الشَّهَادَةُ بالشُّهرةِ في النَّسَبِ وغيرِه بطريقَيْنِ: الشُّهرةُ الحقيقيَّةُ، أو الحُكْمِيَّةُ.

فالحقيقيةُ: أنْ يشتهرَ ويسْمَعَ مِن قومٍ كثيرٍ لا يُتصَوَّرُ تَواطؤُهم علىٰ الكذِبِ، ولا يُشترَطُ في هذا العَدَالَةُ؛ بلْ يُشترَطُ التَّواتُرُ.

والحُكْمِيةُ: أنْ يشهدَ عندَه عدْلَانِ مِن الرِّجالِ، أوْ رَجُلٌ وامْرأتانِ بلفظةِ الشَّهَادَةِ».

ثمَّ قالَ فيها: «أداءُ الشَّهَادَةِ إنَّما يجبُ بالشُّهرةِ في الأربعةِ: في النَّسَبِ - وإنْ لَمْ يُعايِنُوا الولادةَ - والنِّكاحِ - وإنْ لَمْ يُعايِنُوا العَقْدَ - والقَضاءِ، وإنْ لَمْ يُعايِنُوا التقليدَ - والموتِ - وإنْ لَمْ يُعايِنُوا موتَه؛ لكنَّ الشهرةَ في الثلاثةِ الأُولىٰ [٢/٢٥٤ظ] لا [٥/٣٦٠ظ/م] تَثبُتُ إلَّا بخبرِ جماعةٍ لا يُتوَهَّمُ تواطؤُهم علىٰ الكذِبِ، أوْ خبرِ عدلَيْنِ بلفظةِ الشَّهَادَةِ، وفي بابِ الموْتِ: بخبرِ الواحدِ العدْلِ، وإنْ لَمْ يكُنْ بلَفْظِ الشَّهَادَةِ»، ونقَلَه عن بابِ النَّسَبِ مِن «شهادات» شيخ الإسلام خُوَاهَر زَادَه.

ونقَلَ الأُسْتَرُوشَنِيُّ في «فصوله» عن «شهادات المحيط»: «لا يجوزُ الشَّهادةُ علىٰ الأملاكِ، ولا علىٰ أسبابِها، نحْوَ البَيْعِ، والهِبَةِ، والصَّدَقَةِ بالشُّهرةِ والتسامُعِ، ونحو الشَّهَادَةِ بالشُّهرةِ والتَّسامعِ في أشياءَ منْها: النَّسَبُ، حتَّىٰ لوْ سمعَ مِن الناسِ أنَّ هذا فلانُ بنُ فلانٍ الفُلاني؛ وَسِعَه أنْ يشهدَ بذلِكَ، وإنْ لَمْ يُعَايِنِ الولادةَ علىٰ فِراشِه.

وطريقُ معرفةِ النَّسَبِ: أنْ يسمَعَ أنَّه فلانُ بن فلان مِن جماعةٍ لا يُتصَوَّرُ تواطؤُهم علىٰ الكذِبِ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٨].

....

وعندَهُما: إذا أخبرَه عدْلانِ: أنَّه ابن فلان؛ تَحِلُّ لَه الشَّهَادَةُ على النَّسَبِ، والفقيهُ أبو بكرٍ الإِسْكَافُ كانَ يُفْتِي بقولِهما، وهوَ اختِيارُ النَّسَفِيِّ». كذا ذكَرَ القاضي الإمامُ ظَهِيرُ الدِّينِ.

وكذا يَجوزُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ في النِّكَاحِ، حتَّىٰ لوْ رأىٰ رَجُلًا يدْخُلُ علىٰ امرأةٍ وسَمِعَ مِن النّاسِ أنَّ فُلانةَ زوجةُ فلانٍ وَسِعَه أن يشْهدَ أنَّها زوجتُه وإنْ لَمْ يُعَايِنْ عَقْدَ النِّكَاحِ.

وكذا يجوزُ الشَّهَادَةُ على القَضَاءِ بِالتَّسَامُعِ، حتَّىٰ لوْ رأىٰ رَجُلًا قضَىٰ لرَجُلٍ بحقٍّ مِن الحُقُوقِ، وسَمِعَ مِنَ النَّاسِ أنَّه قاضي هذِه البلدةِ؛ وَسِعَه أنْ يشْهدَ أنَّه قاضي بلدةِ كذا، قضَىٰ لفلانٍ بكذا وإنْ لَمْ يُعَايِنْ تقليدَ الإمامِ إيَّاهُ، وكذا الموتُ إذا سَمِعَ مِن النَّاسِ أنَّ فلانًا ماتَ، أوْ رآهُم صنَعوا بِه ما يُصْنَعُ بالموتَىٰ؛ وَسِعَه أنْ يشْهدَ علىٰ موتِه وإنْ لَمْ يُعَايِنْ ذلكَ.

وروَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عَن محمَّدٍ: إذا أخبرَكَ واحدٌ عدْلٌ بالموتِ؛ وَسِعَكَ أنْ تَشْهدَ بِه، وأمَّا في النَّسَبِ: فَلا يَسَعُكَ أنْ تَشْهدَ به حتَّىٰ يشْهدَ عندَكَ عدْلانِ، وهذا قولُهُما، وعلىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: علىٰ ما يَقَعُ في القلبِ، وهكذا روىٰ بِشْرُ بنُ الوليدِ عَن أبي حَنِيفَةَ: أنَّه لا يَحِلُّ لَه أنْ يَشْهدَ بالنسَبِ حتَّىٰ يسمَعَ مِن العامَّةِ[1].

والجوابُ في النِّكَاحِ والقَضَاءِ نظيرُ الجوابِ في النَّسَبِ، فقدْ فرَّقوا جميعًا بين الموتِ وبينَ الأشياءِ الثَّلاثةِ، فاكتفَوا بخبرِ الواحدِ في الموتِ دونَ الأشياءِ الثَّلاثةِ».

ثمَّ قالَ في «الفصول»: «ذكرَ القاضي الإمامُ ظَهِيرُ الدِّينِ في نِكَاح «فتاواه»:

---

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» [٨/٣٠٢]، «البناية شرح الهداية» [٩/١٢٦].

والقياس ألا يجوز ؛ لأن الشهادة مُشْتَقَّةٌ مِنَ الْمُشَاهَدَةِ وَذَلِكَ بِالْعِلْمِ وَلَمْ يَحْصُلْ فَصَارَ كَالبَيْعِ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ هَذِهِ أُمُورٌ تَخْتَصُّ بِمُعَايَنَةِ أَسْبَابِهَا خَوَّاصٌ مِنَ النَّاسِ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا أَحْكَامٌ تَبْقَى عَلَى انْقِضَاءِ الْقُرُونِ، فَلَوْ لَمْ تُقْبَلْ فِيهَا الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ

غاية البيان

والصَّحيحُ: أنَّ الموتَ بمنزلةِ النِّكاحِ وغيرِه [٥/٣٦١و/م] لا يُكْتَفَى فيه بشَهَادَةِ الواحدِ، والفرقُ: أنَّ الموتَ قدْ يتفِقُ في موضعٍ لا يكونُ فيهِ إلَّا واحدٌ، فلوْ قُلنا بأنَّه لا تُسْمَعُ الشَّهَادَةُ على الموتِ بإخْبارِه؛ ضاعَتِ الحُقُوقُ، بِخلافِ الأَشْياءِ الثَّلاثةِ؛ لأنَّ الغالبَ فيها أنْ يكونَ بينَ الجماعةِ.

ومِنَ المشايخِ مَن قالَ: لا فرْقَ بينَ الموتِ، والنَّسَبِ، والقَضَاءِ، والنِّكاحِ، وإنَّما اختلفَ الجوابُ لاختِلافِ الموضوعِ، وموضوعُ مسألةِ الموتِ: أنَّه أخبَرَه واحدٌ عدْلٌ موثوقٌ به، ولَمْ يذْكُرِ العدْلَ الموثوقَ بِه في الأشياءِ الثلاثةِ، ولوْ كانَ الواحدُ المُخْبِرُ في الأشياءِ الثّلاثةِ عدلًا موْثوقًا بِه؛ حلَّ لَه أنْ يَشْهدَ».

ثمَّ قالَ في «الفصول»: «ثمَّ في الأشياءِ الثَّلاثةِ إذا ثبَتَتِ الشُّهرةُ والِاسْتِفَاضَةُ عندَهُما بخبرِ العَدلَيْنِ؛ يُشْتَرطُ أنْ يكونَ الإخبارُ بلفظةِ الشَّهَادَةِ. كَذا ذكَرَه الخَصَّافُ وشيخُ الإسْلامِ، وبِه أخذَ الصدرُ السعيدُ برهانُ الأئمَّةِ، وفي فصلِ الموتِ: لَمَّا ثبَتَتِ الشُّهرةُ بخبرِ الواحدِ؛ لا يُشْتَرطُ فيهِ لفظةُ الشَّهَادَةِ بالإجْماعِ، بَل يُكْتَفَى بمجرَّدِ الإخبارِ».

قولُه: (فَصَارَ كَالبَيْعِ)، أيْ: صارَ كُلُّ واحدٍ مِن هذِه الأشياءِ كَالبَيْعِ، حيثُ لا يجوزُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ في البَيْعِ؛ لعدَمِ المُشاهدةِ، فكذلِكَ ههُنا.

قولُه: (أَحْكَامٌ تَبْقَى) [٢/٢٥٥و]، كالإرْثِ في النَّسَبِ، والموتِ، والنِّكاحِ، وكثبوتِ المِلْكِ في قَضَاءِ القاضي، وكثبوتِ كَمَالِ المهرِ في الدُّخولِ، ونحو ذلِك،

أَدَّىٰ إِلَىٰ الْحَرَجِ وَتَعْطِيلِ الْأَحْكَامِ، بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لأنه يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ، وإنما يجوز [٥٠/ظ] لِلشَّاهِدِ أَنْ يَشْهَدَ بِالِاشْتِهَارِ وَذَلِكَ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ مَنْ يَثِقُ بِهِ كَمَا قَالَ فِي: «الْكِتَابِ».

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يُخْبِرَهُ رَجُلَانِ عَدْلَانِ أَوْ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ لِيَحْصُلَ لَهُ نَوْعُ عِلْمٍ. وَقِيلَ فِي الْمَوْتِ: يُكْتَفَىٰ بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ، أَوْ وَاحِدَةٍ؛ لِأَنَّهُ قَلَّمَا يُشَاهِدُ غَيْرُ الْوَاحِدِ

غاية البيان

مِثْل: النَّسَبِ، والعِدَّةِ، والإِحْصَانِ.

قولُه: (بِخِلَافِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ يَسْمَعُهُ كُلُّ أَحَدٍ)، هذا لبيانِ الفرقِ بينَ البَيْعِ وبينَ الأشياءِ المذكورةِ؛ لأنَّه تجوزُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ فيها دونَ البَيْعِ علىٰ وَجْهِ الاستحْسَانِ.

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «الشَّهَادَةُ على الدُّخولِ بالمنكوحةِ بالتَّسامُعِ جائزةٌ في «مختصر القُدُورِيِّ»».

ثمَّ قالَ: «وفي «فوائدِ أستاذِنا ظَهِيرِ الدِّين»: لا يجوزُ لهُم أنْ يَشْهَدوا علىٰ الدُّخولِ بالتَّسامُعِ، ولوْ أرادَ أنْ يُثبِتَ الدُّخولَ؛ يُثبِتُ الخلْوةَ الصَّحيحةَ»[1].

قولُه: (وَذَلِكَ بِالتَّوَاتُرِ أَوْ بِإِخْبَارِ[2] مَنْ يَثِقُ بِهِ)، أي: الاشْتِهارُ إنَّما يكونُ حقيقةً أوْ حُكْمًا، فالأوَّلُ: بالتَّواتُرِ، والثَّاني: بإخْبارِ مَن يثِقُ بِه، كرجلَيْنِ عدْلَيْنِ، أوْ رَجُلٍ وامرأتَيْنِ عدولٍ بلفْظةِ الشَّهَادَةِ، وقد مَرَّ بيانُ ذلكَ عن «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

قولُه: (كَمَا قَالَ فِي «الْكِتَابِ»)، أيْ: في «مختصر القُدُورِيِّ»[3]، وهذا إشارةٌ إلىٰ ما ذكَرَه بقولِه قبْلَ هذا: (إِذَا [٥/٢٦١ظ/م] أَخْبَرَهُ بِهَا مَنْ يَثِقُ بِهِ).

قولُه: (وَقِيلَ فِي الْمَوْتِ: يُكْتَفَىٰ بِإِخْبَارِ وَاحِدٍ، أَوْ وَاحِدَةٍ)، إنَّما قالَ بلفظِ:

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٦٢].

(٢) وقع بالأصل: «أي: بإخبار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢١].

إِذِ الْإِنْسَانُ يَهَابُهُ وَيَكْرَهُهُ فَيَكُونُ فِي اشْتِرَاطِ الْعَدَدِ بَعْضُ الْحَرَجِ، وَلَا كَذَلِكَ النَّسَبُ وَالنِّكَاحُ.

وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلِقَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ، أَمَّا لَو فَسَّرَ لِلقَاضِي: أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ.

غاية البيان

(قِبلَ)؛ لأنَّ في الموتِ اختلافَ المشايخ، عامَّتُهم على أنَّه يُكْتَفَى بإخبارِ واحدٍ عدْلٍ، وهوَ المَرْوِيُّ عنِ ابنِ سَمَاعَةَ عَن محمَّدٍ ﷺ قالَ: إذا أخبَرَكَ عدْلٌ بالموتِ؛ وَسِعَكَ أنْ تَشْهدَ بِه. وقدْ مَرَّ ذلكَ.

وبعضُهم قالوا: لا يُكْتَفَى بخبرِ الواحدِ، كما في النِّكَاحِ، وإليْه ذهَبَ ظَهِيرُ الدِّينِ في نِكَاحِ «فتاواه»، وقدْ مَرَّ ذلكَ قبْلَ هذا.

قولُه: (وَيَنْبَغِي أَنْ يُطْلِقَ أَدَاءَ الشَّهَادَةِ، أَمَّا لَو فَسَّرَ لِلقَاضِي: أَنَّهُ يَشْهَدُ بِالتَّسَامُعِ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ).

ونقَلَ في «الفصول» عَن «المحيط»[1]: «وإذا شهِدَ شاهدانِ على موتِ رَجُلٍ، فهذا على وجْهَيْنِ: إنْ أَطْلَقا ذلك إطلاقًا ولَمْ يُبيِّنا شيئًا، أوْ قالا: لَمْ نُعاينْ موتَه وإنَّما سَمِعْنا مِن النَّاسِ.

فَفي الوجهِ الأوَّلِ: تُقْبَلُ شهادتُهما، وتُحْمَلُ على سببٍ يُطْلِقُ لهما أداءَ الشَّهَادَةِ، وهوَ الشُّهرةُ أوِ المُعَايَنَةُ.

وفي الوجهِ الثَّاني: إنْ لَمْ يكُنْ مَوتُ فلانٍ مشهورًا؛ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِلا خلافٍ، والشُّهرةُ لا تَثْبُتُ بقوْلِهما: سَمِعْنا مِن الناسِ؛ لأنَّ السَّماعَ قدْ يكونُ على وَجْهٍ لا تَثْبُتُ بِه الشُّهرةُ؛ لأنَّ السَّماعَ مِن جمْعٍ[2] لا يُتَصَوَّرُ تواطؤُهم على الكذِبِ،

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» [٣٠٦/٨].

(٢) وقع بالأصل: «من وَجْه»، والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ض».

ثُمَّ إذَا فَسَّرَ لَا تُقْبَلُ كذا هذا.

وَلَوْ رَأَىٰ إنْسَانًا جَلَسَ مَجْلِسَ الْقَضَاءِ يَدْخُلُ عَلَيْهِ الْخُصُومُ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ عَلَىٰ كَوْنِهِ قَاضِيًا وَكَذَا إذَا رَأَىٰ رَجُلًا وَامْرَأَةً يَسْكُنَانِ بَيْتًا وَيَنْبَسِطُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إلَىٰ الْآخَرِ انْبِسَاطَ الْأَزْوَاجِ كَمَا إذَا رَأَىٰ عَيْنًا فِي يَدِ غَيْرِهِ.

وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ فُلَانٍ، أَوْ صَلَّىٰ عَلَىٰ جِنَازَتِهِ؛ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ، حَتَّىٰ لَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي قَبِلَه

ثُمَّ قَصْرُ الِاسْتِثْنَاءِ فِي الْكِتَابِ عَلَىٰ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ؛ يَنْفِي اعْتِبَارَ التَّسَامُعِ

غاية البيان

أوْ مِن واحدٍ عدلٍ تَثْبُتُ بِه الشُّهرةُ، وقد يكونُ السَّماعُ علىٰ وَجْهٍ لا تَثْبُتُ بِه الشهرةُ؛ بأنْ سَمِعا مِن واحدٍ غيرِ عدلٍ، أوْ مِن جماعةٍ ليْسوا بعدُولٍ، فلِهذا لا تُقْبلُ الشَّهادَةُ.

وإنْ كانَ موتُ فلانٍ مشهورًا: ذكرَ في «الأقضية»: أنَّها تُقبَلُ، وهكذا ذكرَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[1]، وقدْ قالَ بعضُ مشايخنا: لا تُقبَلُ، وبِه أخذَ الصدرُ الشهيدُ حسامُ الدِّين ﷺ...».

قولُه: (ثُمَّ إذَا فَسَّرَ لَا تُقْبَلُ)، بأنْ قالَ: رأيتُ هذِه العينَ في يدِ فلانٍ في وَقْتٍ مِن الأوقاتِ.

قولُه: (وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ شَهِدَ دَفْنَ فُلَانٍ، أَوْ صَلَّىٰ عَلَىٰ جِنَازَتِهِ؛ فَهُوَ مُعَايَنَةٌ، حَتَّىٰ لَوْ فَسَّرَ لِلْقَاضِي قَبِلَه)، الأولُ مِنَ الشَّهادَةِ، والثاني مِنَ الشُّهودِ، بمعْنَى[2] الحضُورِ، ولوْ فسَّرَ للقاضي بأنْ قالَ: كنتُ حاضرًا دَفْنَه، أوْ صلَّيتُ علىٰ جنازتِه؛ قَبِلَ.

قولُه: (ثُمَّ قَصْرُ الِاسْتِثْنَاءِ فِي الْكِتَابِ عَلَىٰ هَذِهِ الْأَشْيَاءِ؛ يَنْفِي اعْتِبَارَ التَّسَامُعِ

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصَّاف [٤/ ٣٨٨].

(٢) وقع بالأصل: «ويمعنى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ص».

فِي الوَلَاءِ وَالوَقْفِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ آخرًا: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَلَاءِ؛ لأنه بمنزلة النسب[1].

غاية البيان

فِي الوَلَاءِ وَالوَقْفِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ ﷺ آخرًا: أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الوَلَاءِ)، يعْني: قَصْرُ اعتِبارِ التَّسامُعِ في كتابِ القُدُورِيِّ على الأشياءِ الخمْسةِ في قولِه: «إلا النَّسبَ، والموتَ، والنِّكاحَ [٥/٣٦٢و/م]، والدخولَ، وولايةَ القاضي ينفِي اعتبارَ التَّسامُعِ في الوَلَاءِ والوَقْفِ»[2]، أي: لا تجوزُ الشَّهادَةُ بِالتَّسامُعِ فيهِما.

قالَ في «شرح الأقطع»: «قالَ أبو حَنيفَةَ ومحمَّدٌ ﷺ: لا تجوزُ الشَّهادَةُ في الولاءِ [٢/٢٥٥ظ]، إلَّا أنْ يَسْمَعا[3] المعتِقَ. هكذا ذكَر في «الأصل»، في روايةِ أبي حفصٍ، وهوَ قولُ أبي يوسُفَ الأوَّلُ، ثمَّ رجعَ وقالَ: إذا شَهِدوا على ولاءٍ مشهورٍ جازَ، وهو إحْدى الروايَتَيْنِ عن محمَّدٍ»[4]. إلى هنا لفْظ «شرْح الأقطع».

ووَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ الآخَر: أنَّ الوَلَاءَ لحُمْةٌ كلُحْمةِ النَّسَبِ، وفي النَّسبِ تجوزُ الشَّهادَةُ بِالتَّسامُعِ، فكذا في الوَلَاءِ، ألا ترى أنّا نشْهدُ أنَّ ثوْبانَ: مَوْلَى رسولِ اللهِ، وبلالًا: مَوْلَى أبي بكرٍ الصِّدِّيقِ، وعِكْرِمةَ: مَوْلَى ابنِ عبَّاسٍ ﷺ.

ووَجْهُ قولِهما: أنَّ المُعْتَبَرَ في بابِ الشَّهادَةِ هوَ العِلْمُ؛ لقولِه تعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦].

والعِلْمُ إنَّما يكونُ بالعِيَانِ، أوْ بما يبْلُغُ درجةَ العِيَانِ، فَلا يُعْتَبرُ التَّسامُعُ؛ لأنَّ

---

(١) زاد بعده في (ط): «لقوله ﷺ: الولاء لحمة كلحمة النسب».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢١].

(٣) وقع بالأصل: «أن يسمع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٩].

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَجُوزُ فِي الْوَقْفِ لِأَنَّهُ يَبْقَى عَلَى مَرِّ الْأَعْصَارِ، إلَّا أَنَّا نَقُولُ الْوَلَاءُ يُبْتَنَى عَلَى زَوَالِ الْمِلْكِ وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنْ الْمُعَايَنَةِ فَكَذَا فِيمَا يُبْتَنَى عَلَيْهِ.

غاية البيان

الوَلَاءَ قلَّما يشْتهرُ، ولأنَّ الوَلَاءَ مِن أحكامِ العِتْقِ؛ لأنَّه يَثْبُتُ بِه، والعِتْقُ لا يَثْبُتُ بالخبرِ المستفيضِ، فكذا ما يتعَلَّقُ بِه مِن الوَلَاءِ، وليسَ كذلِكَ النَّسَبُ، فإنَّه يتعَلَّقُ بالفِرَاشِ، والفِرَاشُ يَثْبُتُ بخبرِ الاِسْتِفَاضَةِ، فكذا النَّسَبُ يَثْبُتُ بذلِكَ.

وأيضًا إنَّما اكتُفِيَ في النَّسَبِ بِالتَّسَامُعِ لمكانِ الضَّرُورَةِ؛ لأنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بالعُلوقِ، ولا وقوفَ لأحدٍ على العلوقِ، فلوْ لَمْ يُعْتَبرِ التَّسَامُعُ؛ لأدَّى إلى حرَجٍ عظيمٍ، ولا ضَرُورَةَ في الوَلَاءِ؛ لأنَّ الأصلَ هوَ المِلْكُ، والتسامعُ ليسَ بحُجَّةٍ في بابِ المِلْكِ.

وأمَّا حديثُ ثوبانَ وبلالٍ: فذلكَ مِن بابِ الإخبارِ، كما تُخْبِرُ أنَّ عَضْباءَ[(١)] ناقةُ رسولِ الله ﷺ.

وقالَ في «شرح الأقطع»[(٢)]: «ولا تجوزُ الشَّهادَةُ بِالوَقْفِ بالاستِفاضةِ، وقالَ محمَّدٌ: يجوزُ، وهوَ أحدِ قَوْلَي الشَّافِعِيِّ رحمه الله[(٣)]». إلى هنا لَفْظُ **«شرْح الأقطع»**.

وقالَ في «الفصول»: «ذكرَ في **«الإملاء»** عَن محمَّدٍ: أنَّ الشَّهادَةَ علَى المهْرِ بِالتَّسامُعِ لا تَجوزُ، والشَّهادَة في الوَقْفِ، هلْ تحلُّ بِالشُّهرةِ والتَّسامُعِ؟ لا روايةَ لهذا».

---

(١) العضباء علم لناقة رسول الله ﷺ، منقول من قولهم ناقة عضباء، وهي قصيرة اليد كذا قال الزمخشري وقال ابن الأثير: منقول من قولهم: ناقة عضباء، أي مشقوقة الأذن، ولم تكن مشقوقة الأذن. ينظر: «الفائق في غريب الحديث» [٢/١٧٣]، «النهاية في غريب الحديث» [٣/٢٥١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٩].

(٣) وهو الأقوى والأصح والمختار في مذهب الشافعي. ينظر: «المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/٤٥٦]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٢٢٥]. و«روضة الطالبين» للنووي [١١/٢٦٨].

وَأَمَّا الْوَقْفُ فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ بِالتَّسَامُعِ فِي أَصْلِهِ دُونَ شَرَائِطِهِ، لِأَنَّ أَصْلَهُ هُوَ الَّذِي يَشْتَهِرُ.

ثُمَّ قالَ في «الفصول»: «وقدِ اختلَفَ المشايخُ فيها، بعضُهم قالوا: تَحِلُّ، وبعضُهم قالوا: لا تَحِلُّ، ومِنَ المشايخِ مَن قالَ: تجوزُ الشَّهَادَةُ علىٰ أصلِ الوَقْفِ [٥/٣٦٢ظ/م] بِالتَّسَامُعِ، أمَّا علىٰ شرائطِ الوَقْفِ فَلا، وإليْهِ مالَ شمسُ الأئمةِ السَّرخَسِيُّ، وهو الأصحُّ؛ لأنَّ أصْلَه يشْتهرُ، أمَّا شرائطُه فَلا تشْتهرُ، ولوْ شَهِدَا بِالوَقْفِ وصرَّحا بِالتَّسَامُعِ؛ يُقْبَلُ».

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» ـ في بابِ الشَّهَادَةِ بِالنَّسبِ والموْتِ ـ: «ونصُّ الفَضْلِيُّ: أنَّ الشَّهَادَةَ عَلىٰ الوَقْفِ بِالشُّهرةِ لا تَجوزُ»[١].

وذكرَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» أيضًا ـ في الفصلِ الثاني من كتاب «الشهادات» ـ: «إذا شهِدوا علىٰ أنَّ هذا وَقْفٌ علىٰ كَذا، ولَمْ يُبَيِّنُوا الواقفَ؛ ينبَغي أنْ يُقْبَلَ في بابِ قَبْضِ الدِّيوانِ مِن القاضي المعْزولِ.

قالَ الشَّيخُ الإمامُ ظَهِيرُ الدِّينِ: إذا لَمْ يكُن الوَقْفُ قديمًا؛ لا بُدَّ مِن ذِكْرِ الواقفِ، وإذا شهِدوا علىٰ أنَّ هذِه الضيعةَ وَقْفٌ، ولَمْ يذكُروا الجهةَ؛ لا يجوزُ ولا يُقْبَلُ، بَل يُشْتَرطُ أنْ يقولوا: وَقْفٌ علىٰ كَذا[٢]».

ثمَّ قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: وما ذكرَ ههُنا، وفي «الأصل» صورتُه: أن يشْهَدوا بِالتَّسَامُعِ علىٰ أنَّها وَقْفٌ علىٰ المسجِدِ، أوْ علىٰ المقبرةِ، ولَمْ يذكُروا أنَّه يُبدَأُ بغَلَّتِها[٣]، فيُصْرَفُ ....

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٩].

(٢) بيانُ الشرائط ليس بداخلٍ في أصْلِ الوقف، ولهذا لا يجوز الشهادةُ بالتسامع بأنْ يقُولا: يُصْرف مِن غَلَّتها بكذا لكذا، والباقي كذا وكذا. كذا جاء في حاشية: «نح».

(٣) في «الفتاوىٰ»: «بغَلَّتها». ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق١٨٨/ب/ مخطوط مكتبة

قال: وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَىٰ العَبْدِ وَالأَمَةِ ؛ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْيَدَ أَقْصَىٰ مَا يُسْتَدَلُّ بِهِ عَلَىٰ الْمِلْكِ إذْ هِيَ مَرْجِعُ الدَّلَالَةِ فِي الْأَسْبَابِ كُلِّهَا فَيُكْتَفَىٰ بِهَا. وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُشْتَرَطُ مَعَ ذَلِكَ أَنْ يَقَعَ فِي قَلْبِهِ أَنَّهُ لَهُ.

غاية البيان

إلى كذا[1]، ثمَّ ما فضَلَ يُصْرَفُ إلى كذا، لا يشْهدُ على هذا الوجهِ بالتَّسامُعِ»[2].

قولُه: (وَمَنْ كَانَ فِي يَدِهِ شَيْءٌ سِوَىٰ العَبْدِ وَالأَمَةِ ؛ وَسِعَكَ أَنْ تَشْهَدَ أَنَّهُ لَهُ)، وهذِه من خواصِّ «**الجامع الصغير**».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أَبي حَنيفَةَ ﷺ قالَ: إذا رأيتُ شيئًا في يدِكَ سِوى العبدِ والأَمَةِ ؛ وَسِعَني أنْ أشهدَ أنَّه لَكَ»[3]، وذلكَ لأنَّ يدَ التصرُّفِ بلا منازِعٍ مِن أقْصىٰ [٢/٢٥٦و] ما يُسْتَدَلُّ بِه على المِلْكِ ؛ إذْ لا وُقوفَ عَلىٰ حقيقةِ المِلْكِ في حقِّ الشَّاهِدِ سِوىٰ ذلكَ ؛ لأنَّ أقصىٰ ما في البابِ: مُعايَنَةُ الشَّاهِدِ أسبابَ المِلْكِ مِن الشِّراءِ والهِبَةِ ونحوِ ذلكَ، والمِلْكُ للمُشْتَري، أوِ الموهوبِ لَه إنَّما يكونُ إذا كانَ ذلكَ الشَّيءُ مِلْكًا للبائعِ، أو الواهِبِ، ومِلْكُهما يَثْبُتُ بيدِ التصرُّفِ، فصارَ مرْجِعُ الدَّلالةِ عَلىٰ كونِ الشَّيءِ مِلْكًا لمَنْ في يدِه هوَ اليدُ، فكانَ أقصىٰ ما يُسْتَدَلُّ بِه على المِلْكِ اليد، فجازَ أنْ يشْهدَ الشَّاهِدِ بدلالةِ اليدِ عَلىٰ المِلْكِ، ولكِن لا يقولُ عندَ الشَّهادَةِ: أشهدُ بأنَّه مِلْكُه ؛ لأنِّي رأيتُه في يدِه ؛ ولأنَّ الظَّاهرَ يَكْفي لأداءِ الشَّهادَةِ.

= فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(١) لا بُدَّ مِن بيانِ المَصْرفِ: بأنْ شَهِدا أنها وقْفٌ على المسجد أوْ على المقبرة، وبيانُ المَصْرفِ داخلٌ في أصْل الوقف، ولهذا لا يجوز الشهادةُ بالتسامع أنها وَقْفٌ على المسجد أوْ على المقبرة. كذا جاء في حاشية: «تح».

(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٨٧ ـ ١٨٨].

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٠].

قَالُوا: وَيُحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا تَفْسِيرًا لِإِطْلَاقِ مُحَمَّدٍ فِي الرِّوَايَةِ(١).

غاية البيان

أمَّا لا(٢) يَكْفِي للقَضاءِ إلَّا في العبدِ والأَمَةِ: إذا كانا كبيرَيْنِ يُعَبِّرانِ عَن أنفُسِهما؛ لأنَّهما في يدِ أنفُسِهما، فلا يكونُ مجرَّدُ [٥/٣٦٣و/م] استِعْمالِهما دليلَ المِلْكِ؛ لأنَّ الحُرَّ قدْ يَخْدُمُ الحُرَّ إعانةً، أوْ إجارَةً كأنَّه عبْدٌ، وإذا كانَ هذا أمرًا معتادًا فيما بيْنَ الأحْرارِ؛ لَمْ يَجُز الاستِدْلالُ بذلكَ على المِلْكِ، وهذا إذا كانَ لا يُعْرَف أنَّهما رَقِيقانِ.

أمَّا إذا عُرِفَا أنَّهما رَقِيقانِ: فتَجوزُ الشَّهَادَةُ؛ لأنَّ العبدَ والأَمَةَ لا يدَ لهُما على أنفُسِهما، وكذا تَجوزُ الشَّهَادَةُ بالرِّقِّ إذا كانا صغيرَيْنِ لا يُعَبِّرانِ عَن أنفُسِهما، وإنْ لَمْ يُعْرَفا أنَّهما رَقِيقانِ لِهذا المعْنىٰ.

قالَ أبو محمَّدٍ النَّاصِحِيُّ النَّيْسابُورِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: وإذا كانتِ الدَّارُ أوِ الثَّوْبُ، أوِ الدَّابَّةُ، أوِ العبدُ في يَدَيْ رَجُلٍ؛ وَسِعَكَ أنْ تَشْهدَ أنَّه لَه، وإنْ لَمْ تكُن رأيتَه قبْلَ تِلكَ السَّاعةِ في يدِه في روايةٍ عنْ أَبي يوسُفَ ﵀ في «الإملاء».

ثمَّ قالَ: «وذكرَ محمدٌ في «الجامع الصغير» عَن أَبي حَنِيفَةَ: إذا رأيتُ الشيءَ في يدِكَ سوىٰ العبدِ والأَمَةِ؛ وَسِعَني أنْ أشهدَ لَكَ».

ثمَّ قالَ: «قالَ أَبو بكرٍ الرَّازِيُّ: أرادَ بروايةِ «الجامع»: إذا كانَ العبدُ كبيرًا ممنْ يَثْبُتُ لَه يدٌ، ويُعَبِّرُ عَن نفسِه، فأمَّا إذا كانَ صَغيرًا لا يُعَبِّرُ عَن نفسِه، ويُوَلَّىٰ عليهِ؛ فهوَ كالثَّوْبِ.

(١) زاد بعده في (ط): «فيكون شرطا على الاتفاق».

(٢) كذا وقع في النُّسَخ، وفي العبارة اختلال! ويصح تخريجُها وتستقيم بزيادة: «الذي» قبل: «لا»، فتصير: «أمَّا [الذي] يَكْفِي للقَضَاء إلا في العبد والأمَة... إلخ». لكنْ حذْفُ الموصول الاسْمي مع بقاء صِلَته: هو مذهبُ الكوفيين، والبغداديين، وانتصر له ابنُ مالك بإطلاقٍ في بعض كُتُبه، وقيَّد ذلك في مكانٍ آخر. ينظر: «شَوَاهِد التَّوضيح» لابن مالك [ص/ ١٣٤ ـ ١٣٥]، و«ارتشاف الضرَب» لأبي حيان [٢/١٠٤٥]، و«مغني اللبيب» لابن هشام [ص/ ٨١٥].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: دَلِيلُ المِلْكِ: اليَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا؛ لِأَنَّ اليَدَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى أمانة وَمِلْكٍ.

قُلْنَا: وَالتَّصَرُّفُ يَتَنَوَّعُ أَيْضًا إِلَى نِيَابَةٍ وَأَصَالَةٍ.

ثُمَّ إِنْ عَايَنَ المِلْكَ والمَالِكَ؛ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَكَذَا إِذَا عَايَنَ المِلْكَ بِحُدُودِهِ، دُونَ المَالِكِ؛ يَحِلُّ اسْتِحْسَانًا؛ ....

غاية البيان

وَجْهُ روايةِ أَبي يوسُف ﷺ: أنَّ المِلْكَ يُعْرَفُ باليدِ والتَّصرُّفِ، وقد ظهرَتْ يدُه، فكانَ لَه أنْ يَشْهدَ بِالمِلْكِ لَه.

وأمَّا روايةُ «الجامع الصغير»: فلأنَّ العبدَ إذا كانَ كبيرًا يُعبِّرُ عَن نفسِه، فهوَ في يدِ نفسِه، وظاهرُه الحُرِّيَّةُ، فلا يُصَدَّقُ الشَّاهِدُ عليْهِ أنَّه عبْدُه».

ثمَّ قالَ النَّاصِحِيُّ: «قالَ أَبو يوسُفَ: إنَّما يجوزُ أنْ تَشْهدَ على المِلْكِ إذا وقعَتْ معرفةُ ذلكَ في قلبِكَ.

ثمَّ قالَ النَّاصِحِيُّ: قالَ أَبو بكرٍ الرَّازِيُّ: هذا قولُهُم جميعًا؛ لأنَّه يشْهَدُ بالمِلْكِ بالاستِدْلالِ، فوَجَبَ أنْ يشْهدَ عندَ سُكونِ القَلبِ، وحصولِ غالِبِ الظَّنِّ.

قولُه: (وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: دَلِيلُ المِلْكِ: اليَدُ مَعَ التَّصَرُّفِ[1]، وَبِهِ قَالَ بَعْضُ مَشَايِخِنَا ﷺ)، أرادَ بِه: الخَصَّافَ. كذا ذكرَ الصدرُ الشهيدُ في «أدب القاضي»[2]، وذلكَ لأنَّ اليدَ محتملٌ، والمحتملُ لا يكونُ حُجَّةً، ونحنُ نَقولُ: التصرُّفُ أيضًا محتملٌ؛ لأنَّه يجوزُ أنْ يتصَرَّفَ بحُكْمِ المِلْكِ، ويجوزُ أنْ يتصَرَّفَ بِالوَكَالَةِ وغيرِها.

قولُه: (ثُمَّ إِنْ عَايَنَ المِلْكَ والمَالِكَ؛ حَلَّ لَهُ أَنْ يَشْهَدَ، وَكَذَا إِذَا عَايَنَ المِلْكَ بِحُدُودِهِ، دُونَ المَالِكِ؛ يَحِلُّ اسْتِحْسَانًا)، مسائلُ هذا البابِ أورَدُوها[3] في نُسَخِ

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٢٢٤]، و«روضة الطالبين» للنووي [١١/٢٧٠].
(٢) ينظر: «شرح أدب القاضي/ للخصَّاف» للصدر الشهيد [٤/٣٩٩].
(٣) وقع بالأصل: «أورَدها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لِأَنَّ النَّسَبَ يَثْبُتُ بِالتَّسَامُعِ[1]، وَإِنْ لَمْ يُعَايِنْهَا أَوْ عَايَنَ الْمَالِكَ دُونَ الْمِلْكِ لَا يَحِلُّ لَهُ.

غاية البيان

[٥/٣٦٣ظ/م] «أدب القاضي» على أربعةِ أوجُهٍ:

الوجهُ الأوَّلُ: أنْ يُعَايِنَ المالكَ والمِلْكَ جميعًا، فيجوزُ له أنْ يَشْهدَ؛ لأنَّه شَهَادَةٌ على علْمٍ وبصيرةٍ.

والوجهُ الثَّاني: ألَّا يُعَايِنَ واحدًا منهُما، فلا يجوزُ أنْ يَشْهدَ؛ لأنَّه مجازِفٌ في هذِه الشَّهَادَةِ.

والوجهُ [٢/٢٥٦ظ] **الثالثُ:** أنْ يُعَايِنَ المالكَ ولا يُعَايِنَ المِلْكَ، لَمْ يَجُزْ لَه أنْ يَشْهدَ؛ لأنَّ المشهودَ بِه ـ وهوَ المِلْكُ ـ مَجْهُولٌ.

وكذلكَ لا يجوزُ لَه أنْ يَشْهدَ إذا عايَنَ المِلْكَ ولَمْ يُعَايِنِ المالكَ، **وهوَ الوجهُ الرَّابعُ**؛ لأنَّ المِلْكَ يقْتَضِي مالكًا، والمالكَ مِلْكًا. كذا ذكرَ **النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»**.

ثمَّ قالَ النَّاصِحِيُّ: «قالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ: إذا عاينَ المالكَ ولَمْ يُعَايِنِ المِلْكَ؛ ينبَغِي ألَّا يُقْبَلَ، وإنَّما تجوزُ الشَّهَادَةُ إذا عايَنَ الدَّارَ ولَمْ يُعَايِنِ المالكَ إذا كانَ مشهورًا بالاستحْسانِ؛ لقولِه تَعالى: ﴿إِلَّا مَن شَهِدَ بِٱلْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُونَ﴾ [الزخرف: ٨٦]».

وقالَ النَّاصِحِيُّ أيضًا في كتابِه: «فإنْ كانَ المالكُ امرأةً؛ لا تخرُجُ، ولا يَراها الرِّجَالُ، فإنْ كانَ مشهورًا أنَّ المِلْكَ لها؛ جازَ لَه أنْ يَشْهدَ عليْه؛ لأنَّ شهرةَ الاسْمِ كالمُعايَنةِ؛ بدليلِ أنَّه لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ ألفُ درهمٍ، والمُقَرُّ له مشْهورٌ، فطلَبَ المُقَرُّ لَه السامعَ بتلكَ الشَّهَادَةِ؛ جازَ لَه أنْ يَشْهدَ».

(١) زاد بعده في (ط): «فيحصل معرفته».

وَأَمَّا العَبْدُ وَالأَمَةُ: إِنْ كَانَ يُعْرَفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ فَكَذَلِكَ، لِأَنَّ الرَّقِيقَ لَا يَكُونُ فِي يَدِ نَفْسِهِ، وَإِنْ كَانَ لَا يَعْرِفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ إِلَّا أَنَّهُمَا صَغِيرَانِ لَا يُعَبِّرَانِ عَنْ أَنْفُسِهِمَا فَكَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَا يَدَ لَهُمَا، وَإِنْ كَانَا كَبِيرَيْنِ فَذَلِكَ مَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءِ؛ لِأَنَّ لَهُمَا يَدًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيَدْفَعُ يَدُ الْغَيْرِ عَنْهُمَا فَانْعَدَمَ دَلِيلُ الْمِلْكِ..

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ يَحِلُّ لَهُ أَنْ [٥١/و] يَشْهَدَ فِيهِمَا أَيْضًا اعْتِبَارًا بِالثِّيَابِ، وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَّاهُ.

غاية البيان

قولُه: (وَأَمَّا العَبْدُ وَالأَمَةُ: إِنْ كَانَ يُعْرَفُ أَنَّهُمَا رَقِيقَانِ فَكَذَلِكَ)، أي: وَسِعَكَ أنْ تَشهدَ أنَّه لَه.

قولُه: (فَذَلِكَ مَصْرِفُ الِاسْتِثْنَاءِ)، أرادَ بِه قولَه: (سِوَىٰ العَبْدِ وَالأَمَةِ).

قولُه: (وَالفَرْقُ مَا بَيَّنَاهُ)، أي: الفرقُ بينَ الثِّيابِ وبينَ العبدِ والأَمَةِ: أنَّ اليدَ أقصىٰ ما يُسْتَدَلُّ بِه علىٰ المِلْكِ فيما سِوىٰ العبدِ والأَمَةِ إذا كانا كبيرَيْنِ؛ لأنَّ لهُما يدًا علىٰ أنفُسِهما.

بَابٌ
مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لا تُقْبَلُ

قال: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَى. وَقَالَ زُفَرُ - رحمه الله - وَهُوَ رِوَايَةٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله -: أنه تُقْبَلُ فِيمَا يَجْرِي فِيهِ التَّسَامُعُ لِأَنَّ الحَاجَةَ فِيهِ إِلَى السَّمَاعِ وَلَا خَلَلَ فِيهِ.

غاية البيان

بَابٌ
مَنْ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ

لَمَّا ذكرَ ما تُسْمَعُ فيهِ الشَّهَادَةُ وما لا تُسْمَعُ؛ شرَعَ في بيانِ مَن تُسْمَعُ [منهُ][1] الشَّهَادَةُ، ومَن لا تُسْمَعُ، إلَّا أنَّه قدَّمَ الأوَّلَ؛ لأنَّ المَحَالَّ شُروطٌ، والشَّرْطُ مقدَّمٌ، كالطَّهارةِ في الصَّلاةِ.

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَعْمَى)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

اعلَمْ: أنَّ شَهَادَةَ الأَعْمَى لا تجوزُ عندَ أَبي حَنِيفَةَ، سواءٌ كانَ بَصيرًا عندَ تحمُّلِ الشَّهَادَةِ، أعمَى عندَ الأداءِ، أوْ أعمَى في الحالَيْنِ.

وقالَ أبو يوسُف: إذا كانَ بصيرًا عندَ التحمُّلِ، أعمَى عندَ الشَّهَادَةِ؛ تُقْبَلُ شَهَادتُه في غيرِ الحُدُودِ والقِصَاصِ، وهوَ قولُ مالكٍ[3]، والشَّافِعِيِّ[4] [٥/٣٦٤ر/م]،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) مذهب مالك: أن الأعمى العدْل تجوز شهادتُه في الأقوال وغيرها ـ فيما عدَا المرئيَّات مِن المسموعات، والملْمُوسات، والمذُوقات، والمَشْمُومات ـ وأمَّا في الأفعال: فلا تجوز شهادتُه فيها ما لَمْ يكن عَلِم الفعلَ قبْل العَمَى. ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٨٩٨]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٨/١٦٦]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٧/١٧٩].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/١١٣]، و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/ ٢٦٩]، و«الحاوي=

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَالشَّافِعِيُّ: يَجُوزُ إِذَا كَانَ بَصِيرًا وَقْتَ التَّحَمُّلِ لِحُصُولِ

وابنِ أبي لَيْلَىٰ ﷺ. كذا ذكرَ الخلافَ في «المختلف»[1] و«الحَصْر»، وكذا ذكرَ خلافَ أبي يوسُف في «أدب القاضي»[2] وفي «الأسرار»، ولكنْ ذكرَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرْح أدب القاضي» خلافَ أبي يوسُفَ كذلِكَ، وذكرَ قولَ محمدٍ مَعَ أبي يوسُفَ[3].

ولَمْ يذْكُرِ القُدُورِيُّ خلافَ أبي يوسُف، بلْ ذكرَ المسألةَ بِلا خلافٍ كَما ترىٰ، ولكنْ قالَ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ «التقريب»: «قالَ أبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ وزُفَرُ ﷺ: إذا تحمَّلَ الشَّهادَةَ وهو بَصِيرٌ، ثمَّ عَمِيَ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهادَتُه. وقالَ أبو يوسُفَ: تُقْبَلُ». إلىٰ هنا لَفْظُ «التقريب».

ثمَّ قالَ فيهِ: «وقدْ ذكرَ ابنُ شُجَاعٍ عَنْ أبي حَنِيفَةَ وزُفَرَ: جوازَ شَهادَةِ الأَعْمَىٰ في النَّسَبِ؛ لأنَّ ذلكَ ممَّا يقَعُ بِالاستِفاضةِ، ولا يحتاجُ فيهِ إلىٰ نظَرٍ ومُعَايَنَةٍ». كذا في «التقريب».

وقالَ في «الأسرار»: «وعندَ زُفَرَ: يجوزُ شَهادَةُ الأَعْمَىٰ فيما تجوزُ فيهِ الشَّهادَةُ بالاستِفاضةِ، كالنَّسَبِ والموتِ، وبِهِ قالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ[4]، وهي روايةٌ عَنْ أبي حَنِيفَةَ». كذا في «الأسرار».

= الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٧/٤٠].

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٦٣٣].

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/٤٤٠].

(٣) ينظر: «المبسوط» [١٦/١٢٩]، «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٨/٥٨]، «النتف في الفتاوىٰ» [٢/٧٩٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٦٨]، «الاختيار» [٢/١٤٦] «تبيين الحقائق» [٤/٢١٧]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٢٩].

(٤) بل ثمَّة قولان في مذهب الشافعي. وجمهورُ أصحابه علىٰ جواز شهادة الأعمىٰ فيما يقع بالاستفاضة. ينظر: «روضة الطالبين» للنووي [١١/٢٧١].

الْعِلْمِ بِالْمُعَايَنَةِ، وَالْأَدَاءُ يَخْتَصُّ بِالْقَوْلِ وَلِسَانُهُ غَيْرُ مُوفٍ وَالتَّعْرِيفُ يَحْصُلُ

غاية البيان

وَجْه قولِ أَبي يوسُف: أنَّ حدوثَ العَمَىٰ بعدَ التحمُّلِ لَمْ يتَعذَّرْ معَهُ إلا مُعاينةُ المشهودِ عليْهِ، والإِشَارَةُ إليهِ، وهذا لا يَمْنَعُ مِنَ الشَّهَادَةِ، كما لو شهِدَ البَصِيرُ علىٰ غائبٍ أوْ ميتٍ.

ووَجْهُ قولِ أَبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ: قولُه ﷺ لابنِ عَبَّاسٍ ﷺ: «إِذَا رَأَيْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ، [٢/٢٥٧و] وَإِلَّا فَدَعْ»(١)، ولأنَّ الأَعْمَىٰ لا يُمْكِنُه التَّمييزُ بينَ الخصمَيْنِ إلَّا بالاستِدْلالِ بِالنَّغْمَةِ، وفيها شُبْهَةٌ، ولا بُدَّ في الشَّهَادَةِ مِن العِلْمِ، ولَمْ يُوجَدِ العِلْمُ، فلَمْ تَجُزِ الشَّهَادَةُ، ولأنَّ العَمَىٰ مَعْنًىٰ يَمْنَعُ تحمُّلَ الشَّهَادَةِ، ويَمْنَعُ إقامتَها أيضًا، كزوالِ العقلِ، وعدَمِ الضَّبطِ، ولأنَّ كلَّ شخصٍ لا يَجوزُ أن يكونَ قاضيًا في حادثةٍ؛ لا يجوزُ أن يكونَ شاهدًا فيها، كالعبدِ والصَّبيِّ، فأمَّا في حالةِ الموتِ، أو الغَيبةِ؛ فلا بُدَّ مِن حَضْرةِ وَكِيلٍ، أوْ وصِيٍّ، أوْ وَارِثٍ يُشارُ إليْه، والأَعْمَىٰ عاجزٌ عن ذلكَ حقيقةً.

فإنْ قيل: يجوزُ خبرُ الأعْمَىٰ في الدِّيَانَاتِ إذا كانَ عدْلًا، فَلِمَ لا يَجوزُ قبولُ شَهَادَتِه؟

قيلَ لَه: إنَّ الشَّهَادَةَ مُخالفةٌ للخبرِ، أَلَا ترَىٰ أنَّا نقبَلُ خبَرَ العبدِ والمَحْدُودِ في القذْفِ، ولا تُقبَلُ شهادتُهما [٥/٣٦٤ظ/م] في الحُدُودِ والقِصَاصِ وما تُسقِطُه الشُّبْهَةُ، فقدْ بانَ لَكَ أنَّ الشَّهَادَةَ غيرُ جارِيَةٍ مَجْرَىٰ الخبرِ. كذا قالَ أَبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرْحه لـ«أدب القاضي».

وَجْهُ قولِ زُفَرَ: أنَّ صحَّةَ الشَّهَادَةِ مَوْقُوفَةٌ على العِلْمِ بالمشْهودِ بِه، والمشهودِ عليْه، ويُوجَدُ هذا المعنىٰ في حقِّ الأَعْمَىٰ بالضبطِ والاِسْتِفَاضَةِ، كما يُوجَدُ في

(١) مضىٰ تخريجه.

بِالنِّسْبَةِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الْمَيِّتِ..

وَلَنَا أَنَّ الْأَدَاءَ يَفْتَقِرُ إِلَى التَّمْيِيزِ بِالْإِشَارَةِ بَيْنَ الْمَشْهُودِ لَهُ وَالْمَشْهُودِ عَلَيْهِ، وَلَا يُمَيِّزُ الْأَعْمَى إِلَّا بِالنَّغْمَةِ، وَفِيهِ شُبْهَةٌ يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا بِجِنْسِ الشُّهُودِ وَالنِّسْبَةِ لِتَعْرِيفِ الْغَائِبِ دُونَ الْحَاضِرِ فَصَارَ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ.

وَلَوْ عَمِيَ بَعْدَ الْأَدَاءِ؛ يَمْتَنِعُ الْقَضَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، لِأَنَّ قِيَامَ

غاية البيان

حقِّ البَصِيرِ.

ولَنا: أنَّ مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه فيما لا تجوزُ فيهِ الشَّهادَةُ بِالتَّسامُعِ؛ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه فيما تجوزُ فيهِ الشَّهادَةُ بِالتَّسامُعِ، كالصَّبيِّ والمجْنونِ.

وقولُهم: إنَّ الأَعْمَى يحْصُل لَه العِلْمُ بالضَّبطِ والاِسْتِفَاضَةِ، كَالبَصِيرِ.

قُلنا: لَا نُسَلِّمُ؛ لأنَّ أكثرَ ما يُوجَدُ في حقِّ الأَعْمَى الاستدلالُ بِالنَّغْمَةِ، وفيها اشتباهٌ.

قولُه: (وَفِيهِ شُبْهَةٌ)، أي: في النَّغْمَةِ، وذكَّرَ الضميرَ على تأويلِ الصَّوتِ، ومِثْلُ ذلكَ جائزٌ، كما في قولِه:

وَلَا أَرْضَ أَبْقَـلَ إِبْقَالَهَـا[1]

قولُه: (يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهَا)، احترازٌ عن وطْءِ الأَعْمَى أَمَتَه، أوِ امرأتَه.

قولُه: (وَلَوْ عَمِيَ بَعْدَ الأَدَاءِ؛ يَمْتَنِعُ القَضَاءُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﵄).

(١) هذا عَجُز بيْت، وصدْرُه:

فَـلَا مُزْنَـةٌ وَدَقَـتْ وَدْقَهَـا

ومرادُ المؤلِّف مِن الشاهد: جوازُ تذكيرِ المؤنَّث؛ إذا كان بتأويلٍ يقتضي ذلك؛ حيث أخبَر الشاعرُ عن: «الأرْض» وهي مؤنثة؛ بـ: «أبْقَلَ»، وهو مُذَكَّر، وإنَّما استعملَ التذكيرَ؛ لكونه قصَد الموضعَ والمكانَ ونحوهما. ينظر: «الخصائص» لابن جني [٢/٤١٤].

أَهْلِيَّةِ الشَّهَادَةِ شَرْطٌ وَقْتَ الْقَضَاءِ لِصَيْرُورَتِهَا حُجَّةً عِنْدَهُ وَقَدْ بَطَلَتْ وَصَارَ كَمَا إِذَا خَرِسَ أَوْ جُنَّ أَوْ فَسَقَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا مَاتُوا أَوْ غَابُوا، لِأَنَّ الْأَهْلِيَّةَ بِالْمَوْتِ قَدْ انْتَهَتْ وَبِالْغَيْبَةِ مَا بَطَلَتْ.

قَالَ: وَلَا الْمَمْلُوكِ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ مِنْ بَابِ الْوِلَايَةِ وَهُوَ لَا يَلِي نَفْسَهُ فَأَوْلَى

غاية البيان

اعلَمْ: أنَّ الشَّاهِدَ إذا عَمِيَ، أوْ خرِسَ بعدَ أداءِ الشَّهَادَةِ قبْلَ الحُكْمِ بِها؛ لَمْ يَجُزِ الحُكْمُ بِها عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ خلافًا لأبي يوسُف ﷺ. كذا ذكرَ الخَصَّافُ الخلافَ في «أدب القاضي»[1]، وذكرَ قولَ الشَّافِعِيِّ معَ أبي يوسُف في «الأسرار».

ووَجْهُ قولِ أبي يوسُف: أنّه مَعْنًى طرَأَ بعدَ أداءِ الشَّهَادَةِ، فلا يُمْنَعُ الحُكْمُ بها، كما لو ماتَ الشاهدانِ بعدَ أداءِ الشَّهَادَةِ، أوْ غابَا، أوْ جُنَّا، أوْ عَمِيَا بعدَ الحُكْمِ بِها.

ولَنا: أنَّ العَمَى يُبْطِلُ الشَّهَادَةَ، ويُخْرِجُ الأَعْمَى مِن أنْ يكونَ شاهدًا، فإذا طرَأَ على الشَّهَادَةِ قبْلَ القَضاءِ بِها مُنِعَ القَضَاءُ، كالفِسْقِ والكُفْرِ، بخِلافِ الموتِ؛ لأنَّه يَتِمُّ الشَّهَادَةُ بِها، فلا يُبْطِلُها، وبالغَيبةِ لا يبْطلُ أهليَّةَ الشَّهَادَةِ، وليسَ كذلِكَ العَمَى بعدَ الحُكْمِ بِالشَّهادةِ؛ لأنَّه وُجِدَ بعدَ انتِهاءِ الحُكْمِ بِها.

ولَا نُسَلِّمُ أنَّ الجُنُونَ بعدَ الشَّهَادَةِ قبْلَ الحُكْمِ بِها لا يَمْنَعُ الحُكْمَ بِها؛ لأنَّ الرِّوايةَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ بخلافِ ذلِكَ، أَلَا تَرَى إلى ما ذكرَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»: «وكذلِكَ كلُّ مَن صارَ قبْلَ أنْ يَنْفُذَ القَضَاءُ بشهادتِه بحالٍ لا تُقبَلُ شَهَادَتُه، مِثْلَ: أنْ يذْهَبَ عقْلُه، أوْ يَخْرَسَ، فإنَّ شَهَادَتَه تَبْطُلُ»[2]؛ لِمَا ذَكَرْنا.

قولُه: (قَالَ: وَلَا الْمَمْلُوكِ) [٥/٣٦٥و/م]، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[3]،

(١) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/ ٤٤٠].
(٢) ذكره الخَصَّاف بنحو هذا المعنى في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» [ق/ ٢٤١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٠].

أَنْ لَا تَثْبُتَ لَهُ الْوِلَايَةُ عَلَىٰ غَيْرِهِ.

غاية البيان

وهذا عطفٌ على قوله: (شَهَادَةُ الأَعْمَىٰ)، أي: ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ المَمْلوكِ.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» ـ في باب مَن تُقْبَلُ شَهادَتُه ومَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه ـ: «شَهَادَةُ العبدِ تُقْبَلُ عندَ مالكٍ[1]، وشَهَادَةُ الصَّبيِّ فيما لا يحْضُرُه إلَّا الصِّبيانُ تُقْبَلُ عندَه أيضًا[2]». ثمَّ قالَ: «ذكرَه في «شرْح مختلف الرواية»..»[3].

اعلَمْ: أنَّ شُرَيحًا كانَ يُجيزُ شَهَادَةَ العبدِ، وكذا داودُ بنُ عَلِيٍّ الأَصْفَهَانِيّ[4]. وكذا ذكَرَ الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في أوَّلِ قَضاءِ «شرْح الجامع»، ولكِن مذهبُ مالكٍ بخلافِ ما ذكرَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» في كُتُبِهم.

ولهذا قالَ الشيخُ أبو المُعِين في «شرْح الجامع»: «وقولُ مالكٍ ليسَ بثابتٍ عنهُ؛ لأنَّ محمَّدًا ادَّعَىٰ الإجماعَ، وهوَ كانَ عالمًا [٢/٢٥٧ط] بمذاهبِه[5]، ولوْ كانَ هذا ثابتًا لِمَا ادَّعَىٰ فيه الإجماعَ، وكذا الشَّافِعِيُّ ﷺ لَمْ يذْكُرْ هذا المذهبَ عنْ مالكٍ، ولوْ كانَ ثابتًا عنهُ لِمَا خَفِيَ على الشَّافِعِيِّ ﷺ؛ لأنَّه كانَ تِلميذًا لَه.

وقِيلَ: إنَّ يَحيىٰ بنَ أَكْتَمَ[6] القاضي كانَ أعرَفَ الناسِ بأقاويلِ أهلِ زمانِه،

(١) بل مذهب مالك: أنه لا تجوز شهادةُ العَبْد في مالٍ، ولا في حَدٍّ، ولا في شيءٍ مِن الأشياء. ينظر: «المدونة» لسحنون [٤/٥٤١]. و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٨٩٤].

(٢) ينظر: «المدونة» لسحنون [٤/١٩، ٢٠]. و«الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٢/٩٠٨]. و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٧/١٩٧].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٣].

(٤) ينظر: «المحلىٰ» لابن حزم [٩/٤١٣].

(٥) وقع بالأصل: «بالمذاهب». والمثبت مِن: «ن»، و«تح»، و«ض». وفي «م»، و«غ»: «المذاهبهم».

(٦) هكذا وقع في النُّسَخ: «أكتم». بالتاء المثناة مِن فوق. والمشهور أنه «أكْثَم» بالثاء المثلثة، لكنْ قال الزَّبيدي: «وَقد يُقَال فِيهِ بالتَّاءِ الفَوْقِيَّةِ أيضًا، كَمَا نَقَلَه الخَفَاجِيُّ، وجَزَم بذلك في شَرْح «الدُّرَّة» وغَيرِه، والمشْهورُ الأوّل». يعني: «أكْثَم». ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [٣٣/٣٢٩/مادة: كثم].

....

وهوَ ادَّعَى الإجماعَ في عدمِ قبولِ شَهَادَةِ العبدِ، دلَّ على أنَّ قولَ مالكٍ غيرُ ثابتٍ عنهُ، بلْ هوَ منحولٌ عليْه». إلى هنا لفْظُ الشَّيخِ أبي المُعِينِ ﵀.

وقالَ الإمامُ العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع الصغير»: وأجمعتِ الصَّحابةُ: أنْ لا شَهَادَةَ لِلعبيدِ. وقالَ الخِرَقِيُّ ـ مِن أصحابِ أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ ﵀ ـ: «وتجوزُ شَهَادَةُ العبدِ في كلِّ شيءٍ إلَّا في الحُدُودِ»[(١)].

ولي في دعْوَى الإجماعِ نَظَرٌ؛ لأنَّ البُخَارِيَّ ﵀ قالَ في «صحيحه»: وَقَالَ أَنَسٌ: «شَهَادَةُ العَبْدِ جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ عَدْلًا[(٢)]»، وَأَجَازَهُ شُرَيْحٌ، وَزُرَارَةُ بْنُ أَوْفَى، وَقَالَ ابْنُ سِيرِينَ: «شَهَادَتُهُ جَائِزَةٌ إِلَّا العَبْدَ لِسَيِّدِهِ»، وَأَجَازَهُ الحَسَنُ، وَإِبْرَاهِيمُ فِي الشَّيْءِ التَّافِهِ، وَقَالَ شُرَيْحٌ: «كُلُّكُمْ بَنُو عَبِيدٍ وَإِمَاءٍ».»[(٣)]. إلى هنا لفْظُ «الصحيح».

والأصلُ في عدمِ قبولِ شَهَادَةِ العبدِ: قولُه تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢].

بيانُه: أنَّ اللهَ تَعالى جعلَ مِن صفةِ الشَّاهِدِ: أن يلزَمَه الإجابةُ إذا دُعِيَ، والعبدُ لا يلزَمُه ذلكَ، فلَمْ يكُن شاهدًا؛ لأنَّه يُخِلُّ بخدمةِ مَوْلاهُ؛ لأنَّه يشتَغِلُ كلَّ يومٍ في إقامةِ الشَّهاداتِ، وهذا غيرُ جائزٍ عندَ الجميعِ؛ لأنَّ عليْهِ أنْ يخْدمَ المَوْلَى متى استخدَمَه، فدلَّ أنَّه ليسَ بداخلٍ في الخِطَابِ.

ولأنَّ الشَّهَادَةَ مِن بابِ الولايةِ؛ لأنَّها تنفيذُ القولِ على الغيرِ، ولا ولايةَ للعبدِ؛ لقولِه تَعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا [٥/٣٦٥ط/م] عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾ [النَّحل: ٧٥]، فلا تجوزُ شَهَادَتُه.

---

(١) ينظر: «مختصر الخرقي» [ص/ ١٤٥].

(٢) في «غ»: «شَهَادَةُ العَبِيد جَائِزَةٌ إِذَا كَانَ عُدُولًا». والمثبت هو الموافق لِمَا وقَع في: «صحيح البخاري».

(٣) علَّق هذه الآثار: البخاري في كتاب الشهادات/ باب شهادة الإماء والعبيد [٢/ ٩٤١].

....

واستدلَّ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» بقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، والعَدَالَةُ مأخوذةٌ مِن استقامةِ الحالِ، والعبدُ غيرُ مُستقيم الحالِ، فلَمْ يكُن شاهدًا، ولأنَّ العبدَ لا يَرِثُ بحالٍ، فَلا يكونُ شاهدًا، لأنَّ الإرْثَ يَجْرِي مَجْرَى الشَّهَادةِ؛ لأنَّ شَهادَةَ المرأةِ على النِّصْفِ مِن شَهادَةِ الرَّجُلِ وتَرِثُ نِصْفَ ما يَرِثُ الرَّجُلُ، فإذا لَمْ يكُنْ وارِثًا؛ لَمْ يكُن شاهدًا.

وقالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي»: «ذُكِرَ عنِ ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما أنَّه قالَ: لا تجوزُ شَهادَةُ العبدِ».

قالَ الخَصَّاف في «أدب القاضي»[(١)]: حَدَّثَنا عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدٍ[(٢)] قالَ: حَدَّثَنا حَفْصُ بْنُ غِيَاثٍ عَنْ حَجَّاجٍ، عَنْ عَطَاءٍ، عَنِ ابنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قَالَ: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ العَبْدِ»[(٣)].

وقال الخَصَّافُ أيضًا: حَدَّثَنا قَبِيصَةُ بْنُ عُقْبَةَ ومُوسَى بْنُ مَسْعُودٍ قَالَا: حَدَّثَنا

---

(١) لَمْ يذْكُر هذا الأثرَ والذي بعْده: أبو بكر الرازيُّ ولا الصدرُ الشهيد في شرحَيْهما على «أدب القاضي» للخَصَّاف، لا مُسْنَدًا ولا معلَّقًا، وكتابُ الخصَّاف له شروح متوافرة، لكن أخلَّتْ أكثر هذه الشروحُ بأسانيد الكتاب وآثاره، وحالُه في هذا يُشْبِه حالَ: «مختصر الكرخي»، و«السِّيَر الكبير» لمحمد بن الحسن، وغيرهما مِن التصانيف النفيسة الممْزوجة بالشروح المُخِلَّة بأصولها، وكتابُ الخصَّاف لا نعلمه مطبوعًا بعْدُ، مع نفاسته وجلالته.

والأثرانِ هنا: ثابتانِ في النسخة المُسْنَدة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٣٩/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/ ٤٣٧ - ٤٣٨]، و«شرح أدب القاضي شرح» لأبي بكر الرازيّ [ق/ ١٣١/ب/ مخطوط دار الكتب المصرية/ (رقم الحفظ: ٢١٣)].

(٢) هو ابن أبي شيبة صاحب: «المصنَّف».

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٠٢٨٦]، من طريق: حفص بن غياث عن حجاج عن عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما به.

قال: وَلَا المَحْدُودِ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَٰدَةً أَبَدًا﴾ [النور: ٤]، ....

غاية البيان

سُفْيَانُ الثَّوْرِيُّ، عَنِ ابْنِ أَبِي نَجِيحٍ، عَنْ مُجَاهِدٍ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]. قَالَ: «مِنَ الأَحْرَارِ»[1].

قولُه: (وَلَا المَحْدُودِ فِي قَذْفٍ وَإِنْ تَابَ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

اعلَمْ: أنَّ المَحْدُودَ في قذفٍ لا تُقبلُ شَهادتُه عندَنا وإنْ تابَ.

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ: تُقبلُ إذا تابَ[3]، وهوَ قولُ مالكٍ[4]، وعُثمانَ البَتِّيِّ ﷺ؛ لقولِه تَعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا﴾ [النور: ٥].

بيانُه: أنَّ المانعَ مِنْ قبولِ شَهادتِه الفسْقُ، وبِالتَّوْبَةِ ارتفَعَ الفسْقُ، فتُقبلُ شَهادتُه قياسًا على المَحْدُودِ في الزِّنا، أو الشُّربِ، أو السَّرِقَةِ إذا تابَ؛ فإنَّ شَهادتَه تُقبلُ بالاتِّفاقِ، إلَّا عندَ الحسنِ بن حَيٍّ والأَوْزَاعِيِّ[5]، فإنَّ عندَهما: لا تُقبلُ شَهادةُ مَن حُدَّ في الإسلامِ بعدَ التَّوْبَةِ في قَذْفٍ أوْ غيرِه. كذا ذكرَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[6].

ولَنا: قولُه تَعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٠٢٩٠]، من طريق: سفيان عن ابن أبي نجيح عن مجاهد به.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٥١٧/٧]، و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٣٦١/٧]، و«روضة الطالبين» للنووي [٢٤٥/١١].

(٤) ينظر: «المدونة» لسحنون [٢٣/٤]. و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [١٧٩/٨].

(٥) وقع بالأصل: «ابن حي الأوزاعي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٦) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٢١٨/٦].

. . . .

غاية البيان

ثَمَٰنِينَ جَلۡدَةٗ وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً أَبَدٗاۚ وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ[٢/٢٥٨و] ٱلۡفَٰسِقُونَ ۝ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِنۢ بَعۡدِ ذَٰلِكَ وَأَصۡلَحُواْ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [النور: ٤ ـ ٥]. [٢/ق٢٥٨/ب]

بيانُه: أنَّ اللهَ تعالىٰ ذكرَ عدمَ قبولِ الشَّهادةِ علىٰ التَّأبيدِ، ولا يكونُ ذلكَ إلَّا إذا لَمْ تُقبَلْ شَهادَتُه بعدَ التَّوبَةِ، ولوْ كانَ المرادُ عدمَ قبولِ الشَّهادةِ قبلَ التَّوبَةِ؛ لَمْ يُحتَجْ إلىٰ ذِكْرِ التَّأبيدِ؛ لأنَّ عدمَ قبولِ الشَّهادةِ قبلَ التَّوبَةِ يُفهَمُ مِنْ [٥/٣٦٦و/م] مُجرَّدِ قولِه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تَقۡبَلُواْ لَهُمۡ شَهَٰدَةً﴾. والاستثناءُ ليسَ براجعٍ إلىٰ جميعِ ما تقدَّمَ؛ ولأنَّ مِن جُملتِه قولَه تَعالىٰ: ﴿فَٱجۡلِدُوهُمۡ﴾، ولا يرتَفِعُ الجَلْدُ بالتَّوبَةِ.

فعُلِمَ: أنَّ الاستِثْناءَ ليسَ بِراجعٍ إلىٰ جميعِ ما تقدَّمَ، بَل إلىٰ ما يَلِيهِ، وهوَ قولُه تَعالىٰ: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾، وليسَ مِن رَفْعِ الفسْقِ قبولُ الشَّهادَةِ، كالعبدِ العدْلِ.

يُوضِّحُه: قولُه تَعالىٰ في قصَّةِ لوطٍ ﷺ: ﴿قَالُوٓاْ إِنَّآ أُرۡسِلۡنَآ إِلَىٰ قَوۡمٖ مُّجۡرِمِينَ ۝ إِلَّآ ءَالَ لُوطٍ إِنَّا لَمُنَجُّوهُمۡ أَجۡمَعِينَ ۝ إِلَّا ٱمۡرَأَتَهُۥ﴾ [الحجر: ٥٨ ـ ٦٠]، أنَّ الاستثناءَ راجعٌ إلىٰ المُنَجّينَ لا إلىٰ المُهْلَكينَ.

وكذا قولُه تَعالىٰ: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤۡمِنًا خَطَـٔٗا﴾ إلىٰ قولِه: ﴿إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُواْ﴾ [النساء: ٩٢]، فإنَّ الاستثناءَ فيهِ ينصرِفُ إلىٰ الدِّيَةِ دونَ الكفَّارةِ.

ولأنَّه لوْ قالَ: لفلانٍ عَليَّ عشرةُ دراهمَ إلَّا ثلاثةً إلَّا اثنينِ؛ يلزمُه تسعةٌ صَرْفًا لكلِّ واحدٍ مِنَ الاستثناءِ إلىٰ ما يَلِيه.

يُؤيِّدُه: قولُ عُمَرَ ﷺ فيما كتَبَ إلىٰ أبي مُوسَىٰ الأشْعَرِيِّ: «المُسْلِمُونَ عُدُولٌ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إلَّا مجلودًا في حَدِّ قَذْفٍ»[1]، وهوَ مشْهورٌ عنْ عُمَرَ، ذكرَه

(١) مضىٰ تخريجه.

....

المُبَرِّدُ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ: «الكامل»[1]، وغيره في كُتُبِهِم.

ولأنَّ الفسْقَ ليسَ بِعِلَّةٍ لِرَدِّ شَهادةِ المَحْدُودِ في القذْفِ، بلِ العِلَّةُ قذْفٌ بشريطةِ العجزِ عَن إقامةِ البيِّنةِ؛ بِدليلِ قولِه تَعالىٰ: ﴿يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾.

وإنَّما قُلنا: إنَّه ليسَ بِعِلَّةٍ، إذْ لوْ كانَ عِلَّةً لترتَّبَ الحُكْمُ عليْهِ، ولقالَ: «وأولئك هم الفاسقون، فاجلدوهم، ولا تقبلوا لهم شَهادَة أبدًا»، فلَمَّا قالَ: ﴿وَأُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلۡفَٰسِقُونَ﴾. بعدَ قولِه: ﴿ٱلۡحَقَّ وَأَنتُمۡ تَعۡلَمُونَ ۝ وَأَقِيمُواْ﴾. عُلِمَ أنَّ الفسْقَ ليسَ بعلَّةٍ، فلَمَّا لَمْ يكُنِ الفسْقُ عِلَّةً؛ لَمْ يلزمْ مِن زوالِه قبولُ الشَّهادَةِ.

فَإِنْ قُلْتَ: لوْ قالَ: إنْ فعلْتُ كذا؛ فعلَيَّ حَجَّةٌ، ومالي صدقةٌ إنْ شاءَ اللهُ؛ فإنَّه يَرْجِعُ إلىٰ ما تقدَّمَ، فكذا ينبغي أنْ يَرْجِعَ الاستِثناءُ في الآيةِ إلىٰ جميعِ ما تقدَّمَ.

قُلْتُ: لا إمْكانَ[2] لذلِكَ؛ لأنَّ الجلْدَ لا يرتفِعُ بِالتَّوْبَةِ، ولأنَّ الاستِثناءَ بمنزلةِ التَّخصيصِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما يُخْرِجُ مِنَ الكلامِ بعضًا، والتَّخصيصُ يكونُ في المحقَّقِ لا في المشْكوكِ، فكذا الاستِثناءُ، ورَفْعُ الفسقِ بِالتَّوْبَةِ مُحَقَّقٌ، فينصرفُ الِاستِثناءُ إلىٰ ما يَلِيهِ، لا إلىٰ جميعِ ما تقدَّمَ؛ لأنَّه مشْكوكٌ.

وقياسُ الاستِثْناءِ بـ «إلا» علىٰ الاستِثْناءِ بـ «إنْ شاء الله تعالىٰ» بَاطِلٌ؛ لأنَّ «إنْ شاء الله» موضوعٌ [٥/٣٦٦ظ/م] لرَفْعِ الكلامِ عَن أصْلِه، والاستثناءُ بـ «إلا» موضوعٌ لإخْراجِ بعضِ الجملةِ منها؛ ففسَدَ القِياسُ.

أَلَا تَرىٰ أنَّه لوْ قالَ: لفلانٍ عَلَيَّ عشرةُ دراهمَ إلَّا عشرةً؛ لَمْ يصحَّ الاستِثناءُ،

---

(١) ينظر: «الكامل» للمبرد [١/١٥].

(٢) وقع بالأصل: «إنكار». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

ولأنه مِنْ تَمَامِ الحدِّ؛ لِكَوْنِهِ مَانِعًا، فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ، بِخِلَافِ الْمَحْدُودِ فِي غَيْرِ الْقَذْفِ لِأَنَّ الرَّدَّ لِلْفِسْقِ وَقَدْ ارْتَفَعَ بِالتَّوْبَةِ.

ويلزمُه العشرةُ، ولوْ قالَ: إنْ شاءَ اللهُ؛ يصحُّ ولَمْ يلزمْه شيءٌ.

فَإِنْ قُلْتَ: كيفَ ينصرفُ الاستثناءُ إلى ما يَليهِ، والأصلُ في الاستثناءِ هوَ المتَّصلُ، وهوَ أن يكونَ المستثنَى مِن جنسِ المستثنَى منهُ، والتَّوبَةُ ليستْ مِن جنسِ الفسقِ؟

قُلْتُ: الاستثناءُ مِن عمومِ الأحوالِ، كأنَّه قالَ ـ والله أعلم ـ: «وأولئك هم الفاسقونَ في جميعِ الأحوالِ إلَّا في حالِ التَّوْبَة»، فيكونُ الاستثناءُ متَّصلًا.

أوْ نقولُ: الاستثناءُ منقطعٌ بمعْنى: «لكن»، كقولِه تَعالى: ﴿فَإِنَّهُمْ عَدُوٌّ لِّيٓ إِلَّا رَبَّ ٱلْعَٰلَمِينَ﴾ [الشعراء: ٧٧]، فلا يَرِدُ السؤالُ، والبَاقِي يُعْرَفُ في «**طريقة الخلاف**»(1) وغيرها مِن كُتُبِ [٢/٢٥٨ظ] أصْحابِنا رضي الله عنهم.

قولُه: (وَلِأَنَّهُ مِنْ تَمَامِ الحَدِّ؛ لِكَوْنِهِ مَانِعًا، فَيَبْقَى بَعْدَ التَّوْبَةِ كَأَصْلِهِ)، أي: لأنَّ عدمَ قبولِ الشَّهادَةِ مِن المَحْدُودِ في القَذْفِ مِن تَمامِ الحَدِّ.

يعْني: مِن جُملةِ الحَدِّ؛ لأنَّ قولَه تَعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُواْ﴾، عطْفٌ على قولِه: ﴿فَٱجْلِدُوهُمْ﴾، والجلدُ صَلُحَ حَدًّا؛ لكونِه مانعًا عنِ ارْتكابِ القبيحِ، فيكونُ عدمُ قبولِ الشَّهادَةِ أيضًا حَدًّا؛ لكونِه مانعًا عنهُ.

ثمَّ بعدَ التَّوْبَةِ لا يرْتَفِعُ الجلْدُ، فكذا لا يرْتَفِعُ عدمُ القبولِ، بخلافِ المَحْدُودِ في السَّرِقَةِ، والزِّنَا، وشُرْبِ الخَمْرِ، حيثُ تُقْبَلُ شَهادَتُه بعدَ التَّوْبَةِ؛ لأنَّ الرَّدَّ هُنالكَ للفسْقِ، وقَد زالَ بِالتَّوْبَةِ، فظهَرَ الفرْقُ.

(1) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/ ٣٧٤ ـ ٣٧٧].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ إِذَا تَابَ لِقَوْلِهِ تَعَالَىٰ ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُوا۟﴾ [النور: ٥] اسْتَثْنَىٰ التَّائِبَ. قُلْنَا: الِاسْتِثْنَاءُ يَنْصَرِفُ إِلَىٰ مَا يَلِيهِ وَهُوَ قَوْله تَعَالَىٰ ﴿وَأُو۟لَـٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَـٰسِقُونَ﴾ [النور: ٤] أَوْ هُوَ اسْتِثْنَاءٌ مُنْقَطِعٌ بِمَعْنَىٰ لَكِنْ.

وَلَوْ حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ، ثُمَّ أَسْلَمَ؛ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ؛ لِأَنَّ لِلْكَافِرِ شَهَادَةً فَكَانَ رَدُّهَا مِنْ تَمَامِ الْحَدِّ، وَبِالْإِسْلَامِ حَدَثَتْ لَهُ شَهَادَةٌ أُخْرَىٰ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ إِذَا حُدَّ ثُمَّ أُعْتِقَ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ لِلْعَبْدِ أَصْلًا فَتَمَامُ حَدِّهِ يَرُدُّ شَهَادَتَهُ بَعْدَ الْعِتْقِ.

غاية البيان

قولُه: (وَلَوْ حُدَّ الكَافِرُ فِي قَذْفٍ، ثُمَّ أَسْلَمَ؛ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ)، ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ ما تقدَّمَ، وقدْ أمضَيْنا بيانَه في باب حَدِّ القَذْف.

اعلَمْ: أنَّ الذِّمِّيَّ إذا حُدَّ في قذْفٍ؛ لَمْ تَجُزْ شَهَادَتُه بعدَ ذلكَ عَلىٰ أهلِ الذِّمَّةِ، ثمَّ إذا أَسْلَمَ جازتْ شَهَادَتُه علىٰ أهلِ الذِّمَّةِ وعَلىٰ أهلِ الإسْلامِ جميعًا؛ لأنَّ هذِه الشَّهَادَةَ بعدَ الإسلامِ شَهَادَةٌ حادِثةٌ، غيرُ تلكَ الشَّهَادَةِ المرْدودةِ تَتِمَّةً للحَدِّ؛ لأنَّها حَصَلَتْ بعدالةِ الإسْلامِ.

بخِلافِ العبدِ إذا قذفَ فحُدَّ، ثمَّ أُعتِقَ، حيثُ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه؛ لأنَّه لَمْ تكُنْ للعبدِ شَهَادَةٌ أصلًا حالَ رِقِّه، لا عَلىٰ الكافرِ ولا علىٰ المسلِمِ، ولا بُدَّ في حَدِّ القذْفِ مِن رَدِّ الشَّهَادَةِ؛ وإنَّما حَصَلَتْ لهُ الشَّهَادَةُ بعدَ العِتْقِ، فتُرَدُّ شَهادَتُه الآنَ تَتِمَّةً للحَدِّ.

قالَ في «الشامل» في قسْم «المبسوط»: «شَهِدَ الصبيُّ، والعبدُ، والكافرُ علىٰ مسلم، فرُدَّتْ شهادتُهم، ثمَّ شهِدوا بعدَ [٥/٣٦٧و/م] البُلُوغِ والعِتْقِ والإسلامِ، تُقْبَلُ؛ لأنَّ المرْدودَ ليسَ بشَهَادَةٍ، والفاسقُ لوْ رُدَّتْ شَهَادَتُه، ثمَّ شهِدَ بِها بعدَ التَّوْبَةِ، لا تُقْبَلُ؛ لأنَّ المرْدودةَ شَهَادَةٌ، فَيكونُ فيهِ نقْضُ قَضاءٍ قدْ أُمْضِيَ بالاجتِهادِ، كأحدِ الزَّوْجَيْنِ رُدَّتْ شَهَادَتُه، ثمَّ أعادَها بعدَ الإبانةِ؛ لا تُقْبَلُ، والمَوْلَىٰ إذا شَهِدَ لعَبْدِه،

قَالَ: وَلَا شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَوَلَدِ وَلَدِهِ، وَلَا شَهَادَةُ الوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ.

غاية البيان

ثمَّ أعادَها بعدَ الإعتاقِ كذلِكَ، ولوْ شَهِدَ لمَوْلاهُ بعدَ العِتْقِ، وقَد تحمَّلَها حالَ الرِّقِّ؛ جازَ؛ لِمَا عُرِفَ». إلىٰ هنا لَفْظُ «الشامل».

قولُه: (قَالَ: وَلَا شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ، [وَوَلَدِ وَلَدِهِ][1]، وَلَا شَهَادَةُ الوَلَدِ لِأَبَوَيْهِ وَأَجْدَادِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، وهذا الَّذي ذكَرَه بالإجماعِ.

والأصلُ فيهِ: ما ذكرَه الخَصَّافُ بإسنادِه في كتابِ «أدب القاضي»[3] قالَ: حَدَّثَنَا صَالِحُ بْنُ زُرَيْقٍ ـ وَكَانَ ثِقَةً ـ قَالَ: حَدَّثَنَا مَرْوَانُ بْنُ مُعَاوِيَةَ الفَزَارِيُّ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ زِيَادٍ الشَّامِيِّ، عَنِ الزُّهْرِيِّ، عَنْ عُرْوَةَ، عَنْ عَائِشَةَ ﵂ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «**لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلَا الوَلَدِ لِوَالِدِهِ، وَلَا المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا، وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ، وَلَا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَلَا السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ، وَلَا الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ، وَلَا الأَجِيرِ لِمَنِ اسْتَأْجَرَهُ**»[4]، ولأنَّ منافعَ الأمْلاكِ متَّصلةٌ في قَرَابَةِ..............

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) هذا الأثر: لَمْ يذْكره أبو بكر الرازيُّ ولا الصدرُ الشهيد في شَرْحَيْهما على «أدب القاضي»، لا مُسْندًا ولا معلَّقًا! علىٰ عادتهما في الإخلال بعبارة الأصْل وإعمالِ سيْف الاقتضاب فيها!
وهذا الأثر هنا: ثابتٌ في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٣٧/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/ ٤١٠ ـ ٤١١]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيِّ [ق/ ١٩٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(٤) قال ابنُ التركماني: «لَمْ أرَه». وقال ابنُ حجَر: «لَمْ أجِدْهُ، ويقال: إن الخصَّاف أخرجه بإسناده مرفوعا». وقال ابنُ أبي العز: «لا أصْل لهذا الحديث في كتب الحديث»!
قلنا: بل له أصْلٌ أصيلٌ، فقد عزاه ابنُ قُطْلوبغا ـ فيما رأيناه بخَطِّه ـ وابنُ الهمام، والعينيُّ وغيرُهم إلىٰ الخصَّاف في «أدب القاضي» وهو كما قالوا.
ينظر: «التنبيه علىٰ أحاديث الهداية والخلاصة» لابن التركماني [ق١٢٣/ب/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٦١)]، و«التعريف والإخبار بتخريج أحاديث الاختيار»=

وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ - ﷺ - «لَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْوَلَدِ لِوَالِدِهِ وَلَا الْوَالِدِ لِوَلَدِهِ وَلَا الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ وَلَا الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَلَا الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ وَلَا الْأَجِيرِ لِمَنْ اسْتَأْجَرَهُ» وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَ الْأَوْلَادِ وَالْآبَاءِ مُتَّصِلَةٌ وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ أَدَاءُ الزَّكَاةِ إلَيْهِمْ فَتَكُونُ شَهَادَةً لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ أَوْ تَتَمَكَّنُ فِيهِ التُّهْمَةُ.

الوِلَادِ[1]، ولهذا لَمْ يَجُزْ[2] وَضْعُ الزَّكاةِ فيهم، فلوْ جازَ شَهَادَةُ الوالدِ لولدِه أو على العكسِ؛ كانَ ذلِكَ شَهَادَةً لنفسِه مِن وجْهٍ، فلَمْ يَجُزْ، ولأنَّ مالَ الولدِ قد جُعِلَ في حُكْمِ مالِ الوالدِ، ولهذا كانَ لَه حقُّ التَّمَلُّكِ؛ بدليلِ ما رُوِيَ في «شرح الآثار» وغيرِه: مسنداً إلى جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﷺ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ قَالَ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»[3]، فلوْ جازتِ الشَّهَادَةُ؛ كانتْ شَهَادَةً لنفسِه.

وقالَ في «شرح الأقطع»: «قالَ داودُ[4]: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ في جميعِ ذلِكَ[5]»[6].

قُلْتُ: هذا خلافُ الإجْماعِ، فلا يُلْتَفَتُ إليْه.

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَالمُرَادُ بِالأَجِيرِ [٢/٢٥٩و]: التِّلْمِيذُ الخَاصُّ الَّذِي يَعُدُّ ضَرَرَ أُسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ، وَنَفْعَهُ نَفْعَ نَفْسِهِ).

وقالَ في «خلاصة الفتاوى»: «ولا تجوزُ شَهَادَةُ الأجيرِ لأستاذِه، أرادَ بِه[7]:

= لابن قُطْلُوبُغا [ق١٦٢/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٢٩٢)]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٤/٥٠٩]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٧٢]، و«فتح القدير» لابن الهمام [٧/٤٠٤]. و«البناية شرح الهداية» للبدر العيني [٩/١٣٩].

(١) الوِلَاد: هي الوِلادَة. ويُطْلَق أيضًا على الحمْل وَوَضْع الحَمْل. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) وقع بالأصل: «لا يجز». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) مضى تخريجه.

(٤) يعني: داود بن عَلِيِّ بن خلَف أبو سليمان الأصبهانيّ الظاهِرِيّ. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٥) ينظر: «المحلى» لابن حزم [٩/٤١٦].

(٦) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٢].

(٧) يعني: الناطِفِيّ في «الواقعات». كما نص عليه صاحبُ «خلاصة الفتاوى» في مَطْلَع كلامه.=

قال ﷺ: وَالْمُرَادُ بِالأَجِيرِ عَلَىٰ مَا قَالُوا التِّلْمِيذُ الخَاصُّ الَّذِي يَعُدُّ ضَرَرَ أُسْتَاذِهِ ضَرَرَ نَفْسِهِ وَنَفْعَهُ نَفْعَ نَفْسِهِ، ....

غاية البيان

التلميذَ الخاصَّ، والتلميذُ الخاصُّ الَّذي يأكلُ معَه، وفي عيالِه، وليسَ لَه أُجْرَةٌ معلومةٌ، أمَّا الأجيرُ المشتركُ إذا شَهِدَ للمُسْتَأْجرِ؛ تُقْبَلُ، وأمَّا الأجيرُ الواحدُ ـ وهوَ الذي استأجَرَه مُيَاوَمَةً[1]، أوْ مُشَاهَرَةً[2]، أوْ مُسَانَهَةً[3] بأُجْرةٍ معلومةٍ [٥/٣٦٧هـ/م]؛ لا تُقْبَلُ»[4]. إلىٰ هنا لفْظُ «الخلاصة». وذلِكَ لأنَّ منافعَ الأجيرِ الواحدِ مُسْتَحقَّةٌ لِلمُسْتَأْجرِ، ولِهذا لا يجوزُ لَه أنْ يُؤاجِرَ نفْسَه مِن آخرَ في تلكَ المُدَّةِ، فلَوْ جازتْ شَهَادَتُه للمُسْتَأْجرِ كانتْ شَهَادَةً بالأجْرِ، فَلا تَجوزُ؛ وذلكَ لأنَّ شَهادَتَه مِن جملةِ مَنافِعِه، وهيَ مُسْتَحقَّةٌ بالأجْرِ، وهذا معْنىٰ قولِه في المتن: (فَيَصِيرُ كَالمُسْتَأْجِرِ عَلَيْهَا)، أي: على الشَّهَادَةِ.

وقالَ الفقيه أَبو اللَّيثِ في كتاب «العيون»: «قالَ محمَّدٌ في رَجُلٍ استأجَرَ رَجُلًا يومًا واحدًا، فشَهِدَ له الأجيرُ في ذلك اليومِ. قالَ: القياسُ ألَّا يُقْبَلَ. ولو كانَ أجيرًا خاصًّا فشَهِدَ، فلَمْ يُعَدَّلْ حتَّىٰ ذهبَ الشهرُ، ثمَّ عُدِّلَ. قالَ: أُبْطِلُها، بمنزلةِ رَجُلٍ شَهِدَ لامرأتِه ثمَّ طَلَّقَها.

ولوْ شَهِدَ ولَمْ يكنْ أجيرًا، ثمَّ صارَ أجيرًا لَه قبلَ أَن يُقْضَىٰ، فإنِّي أُبْطِلُ شَهادَتَه، فإنْ لَمْ تَبْطُلْ شَهادَتُه حتىٰ بطلَتِ الإجَارَةُ، ثمَّ أعادَ الشَّهَادَةَ مرَّةً؛ جازَ،

= ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢٩٩/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤٣٥)].

(١) مُيَاوَمة: يعني: يومًا يومًا. ينظر: «المعجم الوسيط» [١٠٦٧/٢].

(٢) مُشَاهَرَة: يعني: شهرًا شهرًا. ينظر: «المعجم الوسيط» [٤٩٨/١].

(٣) المُسَانَهَة: الأجل إلىٰ سَنَة. ينظر: «تهذيب اللغة» للأزهري [٥٤/١٣].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» لافتخار الدين البخَارِيّ [ق٢٩٩/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤٣٥)].

وَهُوَ مَعْنَىٰ [٥١/ظ] قَوْلِهِ ﷺ: «لَا شَهَادَةَ لِلقَانِعِ بِأَهْلِ البَيْتِ».

غاية البيان

بمنزلةِ المرْأةِ [إذا طَلَّقَها][1] قبلَ أنْ تُرَدَّ شَهادَتُه، ثمَّ أعادَ؛ يجوزُ»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ «العيون».

قالَ أبو العباسِ النَّاطِفِيُّ في «الأجناس»: «قالَ في كتاب «ديات الأصل»: «تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأجيرِ». قالَ أبو العبَّاسِ: هذا محمولٌ علىٰ الأجيرِ المشتركِ؛ لأنَّه قدْ ذكَرَ في «نوادر ابن رُسْتُم»: قالَ محمَّدٌ ﷺ: لا أُجِيزُ شَهَادَةَ الأجيرِ مُشَاهَرَةً، وإنْ كانَ أَجِيرٌ مُشْتركٌ؛ قَبِلْتُ شَهَادَتَه»[3].

قولُه: (وَهُوَ مَعْنَىٰ قَوْلِهِ ﷺ: «لَا شَهَادَةَ لِلقَانِعِ بِأَهْلِ البَيْتِ»)، أي: التلميذ الخاصّ، هو المرادُ مِن القَانِعِ المذْكورِ في الحديثِ.

وقدْ حدَّثَ صاحبُ «السنن»: عَنْ حَفْصِ بْنِ عُمَرَ، عَنْ مُحَمَّدِ بْنِ رَاشِدٍ، عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ مُوسَىٰ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ، عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ رَدَّ شَهَادَةَ الخَائِنِ، وَالخَائِنَةِ، وَذِي الغِمْرِ، وَرَدَّ شَهَادَةَ القَانِعِ لِأَهْلِ البَيْتِ، وَأَجَازَهَا عَلَىٰ غَيْرِهِمْ»[4].

وقيلَ: أرادَ بِالقانعِ: مَن يكونُ معَ القومِ كالخادمِ، والتّابعِ، والأجيرِ ونحوِه؛ لأنَّه بمنزلةِ السّائلِ يطلُبُ مَعاشَه منهُم. كذا قال المُطَرِّزِيُّ في «المغرب»[5]،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «عُيُون المسائل».

(٢) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديّ [ص/ ٣٠٢، ٣٠٣].

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٨٨/٢].

(٤) أخرجه: أبو داود في كتاب الأقضية/ باب من ترد شهادته [رقم/ ٣٦٠٠]، وأحمد في «المسند» [٢٢٥/٢]، والدارقطني في «سننه» [٢٤٣/٤]، من طريق عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ، عَنْ جَدِّهِ ﷺ به. قال ابنُ كثير: «إسناده جيد». ينظر: «إرشاد الفقيه إلىٰ معرفة أدلة التنبيه» لابن كثير [٤٢٠/٢].

(٥) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [١٩٧/٢].

وَقِيلَ الْمُرَادُ الْأَجِيرُ مُسَانَهَةً أَوْ مُشَاهَرَةً[(١)] فَيَسْتَوْجِبُ الْأَجْرَ بِمَنَافِعِهِ عِنْدَ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ فَيَصِيرُ كَالْمُسْتَأْجَرِ عَلَيْهَا.

قال: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ.

غاية البيان

والمتعلِّمُ الَّذي يأكلُ في بيتِ أُستاذِه يكونُ في معْنى القانعِ المذْكورِ في الحديثِ.

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في **«مختصره»**[(٢)].

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: «تُقْبَلُ شَهَادَةُ أحدِ الزَّوْجَيْنِ[(٣)] للآخَرِ على أحدِ القولَيْنِ». كذا في **«وجيزهم»**[(٤)].

وَجْهُ قوله: أنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ أوجبَ وُصْلَةً [٥/٣٦٨و/م] بينَ الزوجيْنِ فيما أوجبَه عَقْدُ النِّكَاحِ، والمالُ أمرٌ وراءَ ذلكَ، وأموالُهما متميِّزةٌ بحيثُ لا يتصرَّفُ أحدُهما في مالِ الآخَرِ، فجازَتْ شَهَادَةُ كُلٍّ واحدٍ منهُما للآخَرِ كالأخوَيْنِ.

غايةُ ما في الباب: أنَّ فيهِ تهْمةَ الكذِبِ، وهيَ منتَفِيةٌ بالعدالةِ، بخِلافِ قَرابَةِ الوِلَادِ، حيثُ لا تجوزُ الشَّهَادَةُ؛ لأنَّ الشَّهَادَةَ كأنَّها واقعةٌ لنَفْسِ الشَّاهِدِ باعتِبارِ وجودِ البَعْضِيَّةِ.

ولنا: ما روَى الخَصَّافُ بإسنادِه: إلى عَائِشَةَ ﵂ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أنَّه قالَ: «لَا تَجُوزُ شَهَادَةُ الوَالِدِ لِوَلَدِهِ، وَلَا الوَلَدِ لِوَالِدِهِ، وَلَا المَرْأَةِ لِزَوْجِهَا، وَلَا الزَّوْجِ

---

(١) زاد بعده في (ط): «أو مياومة».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) في «الوجيز»: «تُقْبل (ح، م) شهادة أحد الزوجين...». ويعني بـ: (ح): الرمزَ به إلى أبي حنيفة. وبـ: (م): الرمزَ به إلى مالك بن أنس، كما نصَّ على ذلك في المقدمة. ينظر: «الوجيز/ مع شرح الرافعي» للغزالي [٥/١].

(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٢٥/١٣].

لِامْرَأَتِهِ»(١)، ولأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما منتفِعٌ بمالِ الآخرِ عُرْفًا، فصارَ متَّهمًا [٢/٢٥٩هـ] في الشَّهَادَةِ لجَرِّ النفْعِ إلىٰ نفسِه، وشَهَادَةُ المتَّهمِ مرْدودةٌ، فلَمْ تُقْبَلْ، ولأنَّ بينَهما سببًا يُوجِبُ التَّوارُثَ في جميعِ الأحوالِ، فلَمْ تَجُزْ شَهَادَةُ أحدِهِما للآخرِ، كالوالدِ والولدِ، بخِلافِ شَهَادَةِ الغَرِيمِ لمدْيُونِه، حيثُ لا يَجوزُ؛ لأنَّ الغَرِيمَ لا ولايةَ لَه علىٰ المالِ المشْهودِ بِه، فلَمْ يكُنْ متَّهمًا، فجازَتْ شَهَادَتُه.

فَإِنْ قُلْتَ: رُوِيَ أَنَّ فَاطِمَةَ - رَضِيَ اللهُ تَعَالَىٰ عَنْهَا -: «ادَّعَتْ فَدَكَ بَيْنَ يَدَيْ أَبِي بَكْرٍ ﷺ، فَشَهِدَ لَهَا عَلِيٌّ ﷺ وَامْرَأَةٌ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ: ضُمِّي إِلَىٰ الرَّجُلِ رَجُلًا، أَوْ إِلَىٰ المَرْأَةِ امْرَأَةً»(٢).

فَعُلِمَ بذلِكَ: أنَّ أبا بكرٍ ﷺ أجازَ شَهَادَةَ أحدِ الزَّوْجَيْنِ للآخَرِ، حيثُ أمَرَها بالضَّمِّ، وعَلِيٌّ ﷺ جوَّزَ ذلكَ، حيثُ شَهِدَ لها، وفاطمةُ - ﷺ - جَوَّزَتْ ذلِكَ أيضًا، حيثُ استشْهَدَتْ عليًّا ﷺ، ولَمْ يُنْقَلْ عَن غيرِهِم خلافُ ذلكَ، فكانَ إجْماعًا، والإجماعُ مُقَدَّمٌ علىٰ القياسِ وخبَرِ الواحدِ.

قُلْتُ: الصَّحيحُ مِن الرِّوايةِ: أنَّ أبا بكرٍ رَدَّ دعْواها، فإنَّها ادَّعَتْ فَدَكَ ميراثًا مِنَ النَّبيِّ ﷺ، فرَدَّ دعْوَاها وقالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يقولُ: «إِنَّا مَعَاشِرَ الأَنْبِيَاءِ لَا نُورَثُ، مَا تَرَكْنَاهُ صَدَقَةٌ»(٣).

---

(١) مضىٰ الكلام عليه قريبًا.

(٢) لَمْ نظفر به مُسْندًا، وقد ذكره السرخسيُّ في: «المبسوط» [٥/١٩٢] وسِبْطُ ابن الجوزي في «إيثار الإنصاف في آثار الخلاف» [ص/٣٤٠].

(٣) أخرجه: أبو طاهر المخلص في «المخلصيات» [٢/١٢٧]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [٥/٢٦]، وتمَّام الرازي في «فوائده» [٢/٧٢]، وغيرهم من حديث أبي بكرٍ ﷺ في سياق قصة بهذا اللفظ.

=

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تُقْبَلُ لِأَنَّ الْأَمْلَاكَ بَيْنَهُمَا مُتَمَيِّزَةٌ وَالأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ وَلِهَذَا

غاية البيان

فَإِنْ قُلْتَ: هُما شخصانِ بينَهما سببٌ لا يُوجِبُ العِتْقَ إذا ملَكَ أحدُهما الآخرَ، فجازَتْ شَهادَتُه للآخرِ كابنِ العمِّ.

قُلْتُ: هذا وصْفٌ لا تأثيرَ لَه؛ لبطْلانِه بالعبدِ معَ سيِّدِه؛ لأنَّ بينَهما سببٌ، وذلكَ السَّبَبُ لا يُوجِبُ العِتْقَ عندَ المِلْكِ، ومَعَ هذا لا تجوزُ شَهادَةُ أحدِهما للآخرِ.

قالَ الخَصَّافُ في كتاب «[أدب][1] [٥/٣٦٨ط/م] القاضي»[2]: حَدَّثَنَا عَبْدُ اللهِ بْنُ مُحَمَّدٍ قَالَ: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ قَالَ: «كَانَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى يُجِيزُ شَهَادَةَ الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ، وَلَا يُجِيزُ شَهَادَةَ الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا»[3].

قولُه: (وَالأَيْدِي مُتَحَيِّزَةٌ)، أي: مجتمعةٌ، يعْني: أنَّ يدَ كُلِّ واحدٍ مِنَ الزوْجَيْنِ يقتصرُ في التصرُّفِ على مِلْكِ نفسِه، لا يتعدَّىٰ إلىٰ مِلْكِ صاحبِه، حيثُ لا يجوزُ تصرُّفُه فيه، مِن قولِهم: حازَ الراعِي إبلَه يَحُوزُها حَوْزًا؛ إذا جمعَها وساقَها، وكذلكَ الحِمَارُ إذا ساقَ أُتُنَه[4].

= وأصلُ الحديث: عند البخاري في كتاب الخمس/ باب فرض الخمس [رقم/ ٢٩٢٦]، ومسلم في/ باب قول النبي ﷺ: «لَا نُورَثُ، مَا تَرَكْنَا فَهُوَ صَدَقَةٌ». [رقم/ ١٧٥٩]، من حديث أبي بكر ﷺ قال: إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «لَا نُورَثُ، مَا تَرَكْنَا صَدَقَةٌ».

(١) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

(٢) هذا الأثر: لَمْ يذْكره أبو بكر الرازيُّ ولا الصدرُ الشهيد في شرْحَيْهما على «أدب القاضي»، لا مُسْندًا ولا معلَّقًا! وهو ثابتٌ في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٣٧/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٤١٠ ـ ٤١١]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيِّ [ق/ ١٩٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/ ٢٢٨٦٤]، عن وكيع به.

(٤) الأُتُن: جَمْعُ الأَتَان، وهي الحِمَارَة الأنثىٰ خاصَّة. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٢١/١/مادة: أتن].

يَجْرِي الْقِصَاصُ وَالْحَبْسُ بِالدَّيْنِ بَيْنَهُمَا، وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ لِثُبُوتِهِ ضِمْنًا كَمَا فِي الْغَرِيمِ إذَا شَهِدَ لِمَدْيُونِهِ الْمُفْلِسِ.

ولنا: مَا رَوَيْنَا، وَلِأَنَّ الِانْتِفَاعَ مُتَّصِلٌ عَادَةً وَهُوَ الْمَقْصُودُ فَيَصِيرُ شَاهِدًا لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ أَوْ يَصِيرُ مُتَّهَمًا، بِخِلَافِ شَهَادَةِ الْغَرِيمِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ عَلَى الْمَشْهُودِ بِهِ.

قال: وَلَا شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ كُلِّ جِهَةٍ إذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى الْعَبْدِ دَيْنٌ أَوْ مِنْ وَجْهٍ إنْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ لِأَنَّ الْحَالَ مَوْقُوفٌ مُرَاعًى.

غاية البيان

قولُه: (وَلَا مُعْتَبَرَ بِمَا فِيهِ مِنَ النَّفْعِ)، أيْ: لا مُعْتبرَ بِما في قبولِ شَهادَةِ أحدِ الزَّوْجَيْنِ لصاحبِه مِنَ النفعِ الحاصلِ منهُ للشَّاهِدِ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما يَعُدُّ نَفْعَ صاحبِه نَفْعَ نفْسِه. يعني: لا يُتَّهَمُ الشَّاهِدُ بهذا القَدْرِ مِن النفعِ؛ لأنَّ ذلكَ النَّفعَ ليسَ بقصْدِيٍّ، بلْ حَصَلَ في ضِمْنِ الشَّهَادَةِ، فَلا يُعْتَبرُ، كما في الغَرِيمِ - وهوَ ربُّ الدَّيْنِ - إذا شَهِدَ لمنْ عليْهِ الدَّيْنُ - وهوَ مُفْلِسٌ -؛ تُقْبَلُ شَهادَتُه، وإنْ كانَ لَه فيهِ نَفْعٌ؛ لأنَّ النَّفعَ حَصَلَ ضِمنًا لا قصْدًا.

قولُه: (وَلَنَا مَا رَوَيْنَا)، إِشَارَةٌ إلى قولِه: (وَلَا الْمَرْأَةِ لِزَوْجِهَا، وَلَا الزَّوْجِ لِامْرَأَتِهِ).

قولُه: (وَلَا شَهَادَةُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وتمامُه فيهِ: «ولا لمُكَاتَبِه»، وذلكَ لِمَا رَوَيْنَا في حديثِ الخَصَّافِ: «وَلَا العَبْدِ لِسَيِّدِهِ، وَلَا السَّيِّدِ لِعَبْدِهِ»[2]، والمُكَاتَبُ عبْدٌ ما بقِيَ عليه درهمٌ.

والمَأْذُونُ لا يَخلو: إمَّا أن يكونَ عليْهِ دَيْنٌ أمْ لا، فإنْ لَمْ يكُنْ عليه دَيْنٌ؛ كانَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].
(٢) مضى الكلام عليه قريبًا.

قال: (وَلَا لِمُكَاتَبِهِ) لِمَا قُلْنَا.

وَلَا شَهَادَةُ الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا؛ لِأَنَّهُ شَهَادَةٌ لِنَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ لِاشْتِرَاكِهِمَا، وَلَوْ شَهِدَ بِمَا لَيْسَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا تُقْبَلُ لِانْتِفَاءِ التُّهْمَةِ.

قال: وَتَقْبَلُ شَهَادَةُ الأَخِ لِأَخِيهِ وَعَمِّهِ؛ لِانْعِدَامِ التُّهْمَةِ لِأَنَّ الأَمْلَاكَ وَمَنَافِعَهَا مُتَبَايِنَةٌ وَلَا بُسُوطَةَ لِبَعْضِهِمْ فِي مَالِ الْبَعْضِ.

غاية البيان

شَهَادَةُ المَوْلَى له كشهادتِه لنفسِه؛ لأنَّ ما يحصُلُ لَه لِلمَوْلَى؛ لأنَّ العبدَ وما في يدِه لمَوْلاهُ، وإنْ كانَ عليْه دَيْنٌ؛ فلا تُقبَلُ الشَّهَادَةُ أيضًا؛ لأنَّه شَهَادَةٌ لنفسِه مِن وَجْهٍ؛ لأنَّ المِلْكَ يظْهرُ في الكسْبِ لِلمَوْلَى عندَ فراغِ العبدِ عَن حاجتِه، فكانَ المِلْكُ مُرَاعًى موْقوفًا حالُه بيْنَ أنْ يكونَ للغُرَماءِ أوْ لِلمَوْلَى، فكانَ في الشَّهَادَةِ نفْعًا[1] لِلمَوْلَى، فلَمْ تُقبَلْ.

قولُه: (وَلَا شَهَادَةُ [٢/٢٦٠و] الشَّرِيكِ لِشَرِيكِهِ فِيمَا هُوَ مِنْ شَرِكَتِهِمَا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وإنَّما لَمْ تَجُزْ شَهَادَةُ الشَّرِيكِ؛ لِمَا رَوَيْنا مِن الحديثِ، ولأنَّ كلَّ ما يحْصُلُ للمشهودِ لَه؛ للشَّاهِدِ فيهِ نَصيبٌ، فكانَ شَهَادَةً لنفسِه، فلَمْ تَجُزْ، بخلافِ الشَّهَادَةِ فيما ليسَ مِن شَرِكَتِهِما، حيثُ تُقبَلُ؛ لأنَّه شَهَادَةُ عدْلٍ لغيرِه، ولا تُهْمَةَ فيهِ.

قالَ في «الشامل» في قسْم «المبسوط»: «ولا تُقبَلُ شَهَادَةُ الشَّرِيكِ المُفَاوِضِ، وإنْ كانَ [٤/٣٦٩و/م] عدْلًا فيما خَلا الحُدُودَ والقِصَاصَ، وغيرُ المُفَاوِضِ أيضًا في تجاراتِه».

قولُه: (وَتقْبَلُ شَهَادَةُ الأَخِ لأخِيهِ وَعَمِّهِ)، وذلكَ لعمومِ قولِه تعالى:

(١) كذا، ولعل التقدير: فكان المِلْكُ في الشَّهادة نفعًا.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٠].

....

﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢]، فيُعْمَلُ بعمومِه إلَّا فيما ورَدَ التخصيصُ بالدَّليلِ، ولأنَّه لا اتِّصالَ في الأمْلاكِ ولا بُسُوطةَ[1]، فانعدمَتِ التهمةُ، فقُبِلَتْ، ولأنَّ العداوةَ والتحاسُدَ بينَ الإخْوةِ ظاهرةٌ، فتَنْتَفِي التّهمةُ المانعةُ مِن الشَّهَادَةِ.

أَلَا تَرىٰ أنَّ أوَّلَ عداوةٍ ظهرَتْ في الدُّنيا بينَ الإخْوةِ ـ كما عُرِفَتْ ـ في قصَّةِ قابيلِ وهابيلِ، وكفاكَ قصةُ يوسفَ وإخوتِه، ورُوِيَ عن شُرَيْحٍ في «**أدب القاضي**» للخَصَّافِ: «أنَّه قَبِلَ شَهَادَةَ الأخِ للأخِ»، وكذا روَىٰ فيه عنِ ابنِ سِيرِينَ، والشَّعْبِيِّ، وعُمَرَ بنِ عَبدِ العزيزِ ﷺ[2].

وقالَ في «الشامل»: «وتُقْبَلُ لولدِ الرَّضَاعِ، ولأُمِّ المرأةِ[3]؛ لأنَّ هذِه المعانيَ لا تُوجِبُ إلَّا حُرمةَ النِّكَاحِ، لا اتِّصالَ منافعِ الأمْلاكِ».

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»[4]: «وتُقْبَلُ لأُمِّ امرأتِه وابنتِها، ولزَوْجِ ابنتِه، ولامرأةِ ابنِه، ولامرأةِ أبيهِ، ولأُختِ امرأتِه»، ومِنَ السلَفِ مَن قالَ: لا تُقْبَلُ شَهادةُ الأخِ لأخيهِ. ذكرَه[5] شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ في «**شرْح أدبِ القاضي**».

---

(١) أي: انبساط. والتعبيرُ عنه بـ: «بُسُوطة» مِن جملة لَحْن الفقهاء.

(٢) هذه الآثار: لَمْ يَذْكرها أبو بكر الرازيُّ ولا الصدرُ الشهيد في شَرْحَيْهما علىٰ «أدب القاضي»، لا مُسْندةً ولا معلَّقةً! وهي ثابتةٌ في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٣٧/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٤١٠ ـ ٤١١]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيّ [ق/ ١٩٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(٣) وقع بالأصل: «ولأمِّ الولد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الشامل في شَرْح المجرَّد» لشمس الأئمة البيهقي [ق١٠٣/أ/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

(٤) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٦٣].

(٥) وقع بالأصل: «وذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُخَنَّثٍ وَمُرَادُهُ الْمُخَنَّثُ فِي الرَّدِيءِ مِنَ الْأَفْعَالِ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، فَأَمَّا الَّذِي فِي كَلَامِهِ لِينٌ وَفِي أَعْضَائِهِ تَكَسُّرٌ فَهُوَ مَقْبُولُ الشَّهَادَةِ.

قَالَ: وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغَنِّيَةٍ؛ لِأَنَّهُمَا يَرْتَكِبَانِ مُحَرَّمًا فَإِنَّهُ - ﷺ - «نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الْأَحْمَقَيْنِ النَّائِحَةُ وَالْمُغَنِّيَةُ».

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُخَنَّثٍ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّه فاسقٌ في فِعْلِه، فلا تُقْبَلُ شهادةُ الفاسقِ.

وقدْ رَوَى صاحبُ «السنن» بإسنادِه: إلى ابنِ عبَّاسٍ ﷺ: «أنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَعَنَ الْمُخَنَّثِينَ مِنَ الرِّجَالِ، وَالْمُتَرَجِّلَاتِ مِنَ النِّسَاءِ»[2]، يعْني: المتشبِّهاتِ مِنَ النِّساءِ بالرِّجالِ، وهذا في المخنَّثِ في الفعلِ القَبيحِ، وأمَّا الَّذي يُسمِّيهِ النّاسُ: مُخنَّثًا لضَعْفِ خِلْقتِه، ووَهنِ آلتِه، وهوَ عدْلٌ في نفسِه؛ فتُقْبَلُ شَهادَتُه، ولا يكونُ ذلكَ قادحًا في شَهادَتِه.

قولُه: (قَالَ: وَلَا نَائِحَةٍ وَلَا مُغَنِّيَةٍ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[3].

والأصلُ في ذلكَ: ما روَى البُخارِيُّ في «الصحيح» في كتاب الجنائزِ بإسنادِه إلى مَسْرُوقٍ، عَنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﷺ قَالَ: قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَيْسَ مِنَّا مَنْ لَطَمَ الْخُدُودَ، وَشَقَّ الْجُيُوبَ، وَدَعَا بِدَعْوَى الْجَاهِلِيَّةِ»[4].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٠].

(٢) هذا جزء مِن حديث أخرجه: البخاري في كتاب اللباس/ باب إخراج المتشبهين بالنساء من البيوت [رقم/ ٥٥٤٧]، وأبو داود في كتاب الأدب/ باب الحكم في المخنثين [رقم/ ٤٩٣٠]، والترمذي في كتاب الأدب عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في المتشبهات بالرجال من النساء [رقم/ ٢٧٨٥]، وغيرهم من حديث: ابن عباس ﷺ.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٠].

(٤) أخرجه: البخاري في كتاب الجنائز/ باب ليس منا مَن شقّ الجيوب [رقم/ ١٢٣٢]، ومسلم في=

....

وروى صاحبُ «السنن» بإسنادِه: إلى أُمِّ عَطِيَّةَ ﵂، قَالَتْ: «نَهَانَا رَسُولُ اللهِ ﷺ عَنِ النِّيَاحَةِ»[١].

وروى أيضًا بإسناده إلى أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ ﵁ قَالَ [٥/٣٦٩ظ/م]: «لَعَنَ رَسُولِ اللهِ ﷺ النَّائِحَةَ وَالمُسْتَمِعَةَ»[٢].

بيانُه: أنَّ النَّوح لَمَّا كانَ مَنهِيًّا، وقد باشرَتْه النائحةُ؛ لَمْ تُؤْمَنْ أنْ تُباشِرَ شَهادَةَ الزُّورِ، فلا تُقْبَلُ شهادتُها.

وذكرَ في «الذخيرة»: «لَمْ يُرِدْ بالنَّائحةِ: الَّتي تَنُوحُ في مُصِيبتِها، وإنَّما أرادَ بِه: الَّتي تَنُوحُ في مصيبةِ غيرِها، واتخذَتْ ذلكَ مَكْسبةً». ولَنا فيهِ نَظَرٌ؛ لأنَّ النَّبيَّ ﷺ نَهىٰ عنِ النِّياحةِ مِن غيرِ فَصْلٍ.

وأمَّا المُغَنِّيةُ [٢/٢٦٠ظ]: فإنَّها مُرتَكِبةٌ للحرام أيضًا، فلا تُسْمَعُ شَهادتُها؛ لأنَّها لَمْ تمْتَنِعْ عَن محظورِ دِينِها، فيجوزُ ألَّا تَمْتَنِعَ عَن شَهادَةِ الزُّور أيضًا، وهيَ مَحظورةُ دِينِها.

والدليلُ عليْه: ما ذكرَ الواحِدِيُّ ﵀[٣] في سورةِ لقمان، في سببِ نُزول قولِه

= كتابِ الإيمان/ باب تحريم ضرب الخدود وشق الجيوب والدعاء بدعوى الجاهلية [رقم/ ١٠٣]، وغيرهما من حديث: عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﵁. وهذا لفظ البخاري.

(١) أخرجه: البخاري في كتاب التفسير/ باب تفسير سورة الممتحنة [رقم/ ٤٦١٠]، وأبو داود في كتاب الجنائز/ باب في النوح [رقم/ ٣١٢٧]، من حديث: أُمِّ عَطِيَّةَ ﵂. وهو عند البخاري في سياق أتم.

(٢) أخرجه: أبو داود في كتاب الجنائز/ باب في النوح [رقم/ ٣١٢٨]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرى» [٤/ ٦٣]، وأحمد في «المسند» [٣/ ٦٥]، وغيرهم من حديث: أَبِي سَعِيدٍ الخُدْرِيِّ ﵁. قال النووي: «سنده ضعيف». ينظر: «خلاصة الأحكام» للنووي [٢/ ١٠٥٣].

(٣) ينظر: «أسباب نزول القرآن» للواحدي [ص/ ٣٥٧].

. . . .

غاية البيان

تعالى: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ﴾ [لقمان: ٦]. بإسناده إلى أبي أُمامةَ قالَ: قالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ تَعْلِيمُ المُغَنِّيَاتِ، وَلَا بَيْعُهُنَّ، وَأَثْمَانُهُنَّ حَرَامٌ»[١]. وفي مِثلِ هذا أُنزِلَتْ هذِه الآيَة: ﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَشۡتَرِي لَهۡوَ ٱلۡحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَن سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾. إلى آخِرِ الآيةِ.

وَمَا مِنْ رَجُلٍ يَرْفَعُ صَوْتَهُ بِالغِنَاءِ إِلَّا بَعَثَ اللهُ تَعَالَى عَلَيْهِ شَيْطَانَيْنِ، أَحَدُهُمَا عَلَى هَذَا المَنْكِبِ وَالآخَرُ عَلَى هَذَا المَنْكِبِ، فَلَا يَزَالَانِ يَضْرِبَانِ بِأَرْجُلِهِمَا حَتَّى يَكُونَ هُوَ الَّذِي يَسْكُتُ»[٢].

وقدْ روَى أصحابُنا في كُتُبِهم: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَى عَنِ الصَّوْتَيْنِ الأَحْمَقَيْنِ: النَّائِحَةِ، وَالمُغَنِّيَةِ»[٣].

ونَقَلَ صاحبُ «الأجناس» عَن «أدب القاضي» إملاءً قالَ: «لا تُقبَلُ شهادةُ أصْحابِ المَعْصِيَةِ، وقُطَّاعِ الطَّرِيقِ، وأصْحابِ الفُجُورِ بِالنِّساءِ، ومَن يعْمَلُ عمَلَ قومِ لوطٍ، ومَنْ يقْعدُ معَ الغِناءِ، والنّائحةِ والنّائحِ، والمُغَنّي والمُغَنِّيةِ، لا تُقْبَلُ

---

(١) هذه الفقرةُ: أخرجها أحمد في «المسند» [٥/٢٥٢]، والحارث بن أبي أسامة في «مسنده/ زوائد الهيثمي» [٢/٨٤٣]، ومن طريقه الواحدي في «أسباب نزول القرآن» [ص/ ٣٥٧]. والطبراني في «المعجم الكبير» [٨/٢١٣]، مِن حديث أبي أُمامةَ ﷺ بهذا اللفظ. وضعَّفه ابنُ حزم. ينظر: «المحلى» لابن حزم [٩/٥٨].

(٢) أخرجه: الواحدي في «أسباب نزول القرآن» [ص/ ٣٥٧]، والثعلبي في «تفسيره» [٧/٣١٠]، والبغوي في «تفسيره» [٦/٢٨٤]، مِن حديث أبي أُمامةَ ﷺ بهذا السياق.

(٣) أخرجه: الترمذي في/ [رقم/ ١٠٠٥]، وابن أبي شيبة [رقم/ ١٢١٢٤]، وعبد بن حميد في «مسنده/ المنتخب» [رقم/ ١٠٠٦]، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» [٤/٢٩٣]، من حديث جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﷺ مرفوعًا بلفظ: «نَهَيْتُ عَنْ صَوْتَيْنِ أَحْمَقَيْنِ فَاجِرَيْنِ: صَوْتٍ عِنْدَ مُصِيبَةٍ: خَمْشِ وُجُوهٍ، وَشَقِّ جُيُوبٍ، وَرَنَّةِ شَيْطَانٍ». لفظ الترمذي.

قال الترمذي: «هذا حديث حسن». وضعَّفه النوويُّ في «خلاصة الأحكام» [ص/ ١٠٥٧].

قال: وَلَا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ؛ لِأَنَّهُ ارْتَكَبَ مُحَرَّمَ دِينِهِ.

غاية البيان

شَهَادَةُ واحدٍ مِن هؤُلاءِ»[1]. إلى هُنا لَفْظُه.

قولُه: (وَلَا مُدْمِنِ الشُّرْبِ عَلَى اللَّهْوِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ[2]، أيْ: لا تُقبلُ شَهَادَةُ مُدْمِنِ الشّرْبِ عَلى اللّهوِ، وإنّما أطلقَ إدْمانَ الشُّرْبِ عَلى اللّهوِ؛ ليتناوَلَ جميعَ الأَشْرِبةِ المحرَّمةِ[3] مِن الخَمْرِ، والسَّكَرِ[4]، ونَقِيعِ الزَّبِيبِ، والتَّمْرِ مِن غيرِ طَبْخٍ، والفَضِيخِ، والبَاذِقِ.

وَالفَضِيخُ: البُسْرُ إذا خَرَجَ منهُ الماءُ وغَلَى واشتَدَّ، وقذَفَ بالزَّبَدِ، وذلكَ بأنْ يُكْسَرَ[5] ويُدَقَّ[6].

والبَاذِقُ: هوَ المطبوخُ أقلَّ مِن الثلثيْنِ، وكلُّ ذلكَ يحْرُمُ شُرْبُ قليلِها وكثيرِها، إلَّا أنَّ مُنْكِرَ حرْمةِ الخَمْرِ يَكْفُرُ، ومُنْكِر حرْمةِ هذِه الأشياءِ، لا يَكْفُرُ.

ويجبُ الحَدُّ في الخَمْرِ بشُرْبِ قليلِها، إذا لَمْ يكُنْ عَن ضَرُورَةِ العطَشِ والإكْراهِ، وفي هذِه الأَشْرِبةِ لا يجبُ الحَدُّ إلَّا بالسُّكْرِ، ويُشْتَرطُ الإدمانُ في الخَمْرِ وهذِه الأشْرِبةِ [٥/٣٧٠و/م] لِسقوطِ العَدَالَةِ.

ألا تَرى أنَّ محمَّدًا رحمه الله قالَ في «الأصل»: «ولا تجوزُ شَهَادَةُ الأخرسِ، ولا شَهَادَةُ الفاسقِ، ولا شَهَادَةُ آكِلِ الرِّبَا المشْهورِ بذلكَ، المعْروفِ بِه، المقيمِ عليْهِ، ولا شَهَادَةُ مُدْمِنِ الخَمْرِ، ولا شَهَادَةُ مُدْمِنِ السَّكَرِ»[7]. إلى هُنا لَفْظُ محمَّدٍ

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٩٢/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) وقع بالأصل: «المحترمة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) السَّكَر: هو عصير الرُّطَب إذا اشتدّ. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٤٠٤/١].

(٥) في «غ»، و«م»: «يسكر».

(٦) ينظر: «طِلْبة الطَّلَبة» لأبي حفص النسفي [ص/ ١٥٩].

(٧) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٥١١/١١/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

في «الأصل».

وكذلِكَ ذكرَ الحاكمُ الشهيدُ في «مختصر الكافي»: وشرَطَ الإدمانَ في الخَمْرِ والسُّكرِ جميعًا.

ولِهذا قالَ الإمامُ فخرُ الدِّين قاضي خان في «فتاواه»: «ولا تُقْبَلُ شهادةُ مُدْمِنِ الخَمْرِ، ولا مُدْمِنِ السَّكَرِ؛ لأنَّها كبيرةٌ»[1].

ثمَّ قالَ: «وإنَّما شُرِطَ الإدمانُ؛ ليظْهَرَ ذلكَ عندَ النَّاسِ، فإنَّ مَنِ اتُّهِمَ بشُرْبِ الخَمْرِ في بيْتِه؛ لا تَبْطُلُ عدالتُه وإنْ كانتْ كبيرةً، وإنَّما تبْطُلُ إذا ظهَرَ ذلكَ، أوْ خرَجَ سكرانَ يسْخَرُ منهُ الصبيانُ؛ لأنَّ مِثْلَه لا يَحْترِزُ عنِ الكذِبِ»[2].

وقالَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» - في مسائلِ الجرحِ والتَّعديلِ -: «شُرْبُ الخَمْرِ في السِّرِّ لا يُسْقِطُ العَدَالَةَ؛ لأنَّ محمَّدًا ﷺ شَرَطَ الإدْمانَ في كتابِ «**الشهادات**»..»[3].

وأمَّا مَن أدْمَنَ الشُّرْبَ على غيرِ لهْوٍ، وهوَ يعتقِدُ تحليلَه[4]؛ فشهادتُه مقبولةٌ؛ لأنَّه لَمْ يُوجَدْ منهُ ما يُوجِبُ الفسْقَ، ولا تَرْكَ المُرُوَّةِ[5]. كذا قالَ في «**شرح الأقطع**»[6].

وأمَّا ما سِوَىٰ هذِه الأشْرِبةِ - ممَّا يُتَّخَذُ مِن الحِنْطَةِ، والشَّعِيرِ، والذُّرَةِ،

(١) ينظر: «فتاوىٰ قاضيخان» [٢/٤٦١].
(٢) ينظر: «فتاوىٰ قاضيخان» [٢/٤٦١].
(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٤].
(٤) وقع بالأصل: «يعتقد تحريمه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٥) هذا القولُ مِن الردّ فيه ما فيه. كذا جاء في حاشية: «م».
(٦) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٢].

وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ؛ لِأَنَّهُ يُورِثُ غَفْلَةً وَلِأَنَّهُ قَدْ يَقِفُ عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ بِصُعُودِهِ عَلَىٰ سَطْحِهِ لِيُطَيِّرَ طَيْرَهُ وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ وَهُوَ الْمُغَنِّي.

غاية البيان

والسُّكَّرِ[1]، والفَانِيذِ[2]، والتِّينِ ـ: فهِيَ مُباحةٌ وإنْ سَكِرَ منها، ولا حَدَّ علىٰ مَن سَكِرَ منها، هوَ **الصَّحيحُ** مِن الرِّوايةِ. كذا قالَ صاحبُ «**التحفة**»[3].

قالَ[4]: «لأنَّ هذِه مِن [٢/٢٦١و] جملةِ الأطْعِمةِ، ولا عبْرةَ بالسُّكْرِ، فإنَّ في بعضِ البلادِ قدْ يَسْكَرُ المرءُ مِن الخُبْزِ ونحوِه، والبَنْجُ يُسْكِرُ، ولبَنُ الرَّمَكَةِ[5] يُسْكِرُ.

وروَىٰ الحسنُ عَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المُسْكِرَ منهُ حرامٌ كما في المثلَّثِ، ولكنْ إذا سَكِرَ منهُ؛ لا حَدَّ فيه، بخلافِ المُثَلَّثِ»[6]. كذا في «**التحفة**».

يُقالُ: أدْمَنَ علىٰ الشَّيءِ إذا داوَمَ عليْهِ.

قولُه: (وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّيُورِ)، هذِه لَفْظةُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[7]، وإنَّما لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ اللاَّعِبِ بالحَمَامِ والطَّيورِ؛ لأنَّ اللعبَ بها يُورِثُ الغفلةَ، ولا يُؤْمَنُ عَلَىٰ المُغَفَّلِ مِنَ الزِّيَادَةِ والنُّقْصَانِ، فلا تُقْبَلُ شَهادَتُه، ولأنَّه قدْ يَقَعُ نظرُه علىٰ

(١) السُّكَّر ـ بالتشديد ـ: ضرْبٌ مِن الرُّطَب مُشَبَّه بالسُّكَّر المعروف في الحَلاوة. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٤٠٤].

(٢) الفَانِيذُ: نَوْع من الحَلواء. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٢/٤٨١/مادة: فنذ].

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٢٨ ـ ٣٢٩].

(٤) أي: صاحب «التحفة».

(٥) الرَّمَكَةُ: هي الأنثىٰ مِن الخَيْل. وقيل: هي الفَرَسُ والبِرْذَوْنَة تُتَّخَذ للنَّسل، والجمع: رِمَاكٌ. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/٢٣٩/مادة: رمك].

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٢٨ ـ ٣٢٩].

(٧) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٠].

قَالَ: وَلَا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ؛ لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَىٰ ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ.

غاية البيان

عَوْراتِ الأجانِبِ والمُحَرَّماتِ، فيُتْبِعُها نظْرةً ثانيةً، وذلكَ حرامٌ، ولا تجوزُ شهادةُ مرتكِبِ الحرامِ، ولأنَّه تاركٌ للمُرُوَّةِ باشتِغالِه بفِعْلٍ مُسْتَخَفٍّ [بِهِ]، فلا يُؤْمَنُ عليهِ أنْ يأتيَ في شَهَادَتِهِ [٥/٣٧٠ظ/م] بما لا أصْلَ لَه.

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَفِي بَعْضِ النُّسَخِ: وَلَا مَنْ يَلْعَبُ بِالطُّنْبُورِ، وَهُوَ المُغَنِّي)، أيْ: وفي بعضِ نُسَخِ القُدُورِيِّ[١].

قولُه: (قَالَ: وَلَا مَنْ يُغَنِّي لِلنَّاسِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[٢]، وذلِكَ لأنَّه تاركٌ للمُرُوَّةِ، وعلَّلَ صاحبُ «الهداية» بقولِه: (لِأَنَّهُ يَجْمَعُ النَّاسَ عَلَىٰ ارْتِكَابِ كَبِيرَةٍ).

وقالَ في «الأجناس»: «وسُئِلَ محمدُ بنُ شُجَاعٍ عنِ الَّذي يَتَرنَّمُ معَ نفْسِه. فقالَ: لا يقْدَحُ ذلِكَ في شَهَادَتِه»[٣].

واخْتلَفوا في حَدِّ الكبيرةِ، فقالَ في «الفتاوى الصغرى»: «ذكرَ الشيخُ الإمامُ خُوَاهَر زَادَه[٤] في «شرْح الشهادات»: حَدُّ الكبيرةِ: ما كانَ حرامًا محضًا، يُسَمَّىٰ: فاحشةً في الشَّرْعِ كاللّواطةِ، أوْ لَمْ يُسَمَّ في الشَّرْعِ فاحشةً، لكنْ شُرِعَ عليْها عُقُوبةٌ محضةٌ بنصٍّ قاطعٍ، إمَّا في الدُّنيا بالحَدِّ: كالسرقةِ، والزِّنا، وقَتْلِ نفْسٍ بغيرِ حقٍّ،

(١) هذا اللفظُ وقَع في النسخة التي شرَحَ عليها العلَّامةُ بهاءُ الدِّين محمد بن أحمد الأسْبِيجَابِيُّ في كتابه: «زاد الفقهاء/ شرْح مختصر القُدُورِيّ» [ق ٢٣٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٧٩٥)]. وكذا في النسخة التي شرَحَ الزاهِدِيُّ في: «المجْتَبَىٰ في شرْح القُدوريّ» [ق ٣٥٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي/ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)]. وكذا في النسخة التي شرَح عليها صاحبُ: «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُوريّ» [٢/٢٣٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٩٢].

(٤) وقع في «غ»: زيادة: في «مبسوطه».

. . . .

أوِ الوعيدِ بالنَّارِ في الآخرةِ، كأكْلِ مالِ اليتيمِ.

ولا تسْقُطُ عَدَالَةُ شاربِ الخمرِ بنَفْسِ الشُّرْبِ؛ لأنَّ هذا الحَدَّ ما ثبتَ بنصٍّ قاطعٍ إلَّا إذا داوَمَ علىٰ ذلكَ؛ فإنَّ العَدَالَةَ تَزولُ بالإصْرارِ علىٰ الصَّغائرِ، فَهذا أوْلَىٰ، وكذا آكِلُ الرِّبَا يُشْتَرطُ فيهِ الإدمانُ والشُّهْرةُ»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

وقالَ بعضُهم: ما فيهِ حَدٌّ فهوَ كَبيرةٌ. وقيلَ: ما كانَ حرامًا لعَيْنِه.

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «ما فيهِ حَدٌّ بنصِّ الكتابِ». ثمَّ قالَ: وأصْحابُنا ﵏ لَمْ يأخُذُوا بذلِكَ، وإنَّما بَنَوْا ذلكَ علىٰ ثلاثةِ مَعانٍ:

أحدُها: أنْ يرْتكِبَ ما كانَ شنيعًا بينَ المُسلمينَ، وفيهِ هَتْكُ حُرمةِ اللهِ تَعالىٰ.

والثَّاني: أنْ يكونَ فيهِ مُنابَذةُ المُرُوَّةِ والكَرَمِ، وكلُّ فِعْلٍ يرْفُضُ المُرُوَّةَ والكَرَمَ؛ فهوَ مِنَ الكبائرِ.

والثَّالثُ: أنْ يُصِرَّ علىٰ المعاصي والفُجُورِ»[٢]. إلىٰ هُنا لفْظُ «**الخلاصة**».

والأصلُ هنا: أنَّ العدْلَ تُقْبَلُ شَهَادَتُه، وغيرُ العدْلِ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢].

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «العدْلُ: مَن يَجتَنِبُ عَنِ الكبائرِ كلِّها، حتَّىٰ لوِ ارتكَبَ كبيرةً تسْقُطُ عدالتُه، وفي الصَّغائرِ: العِبْرةُ للغَلَبةِ، أوِ الدَّوامِ علىٰ الصَّغيرةِ لتصِيرَ كبيرةً»[٣]. ونقَلَه عن «**أدب القاضي**» لعِصَامٍ[٤].

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٤].

(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/ ٢٦٣].

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٤].

(٤) هو: أبو عِصْمةَ عِصَام بن يوسف بن مَيْمون بن قُدَامَة البَلْخيّ. كان صاحبَ حديثٍ، وهو ثبتٌ فيه.=

....

وقالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» - في باب المسألة عن الشهودِ -: عَن إبْراهيمَ النَّخَعِيِّ أنَّه قالَ: العَدْلُ فِي المُسْلِمِينَ مَنْ لَمْ يُطْعَنْ عَلَيْهِ فِي بَطْنٍ وَلَا فَرْجٍ[1]».

وقدْ حدَّثَ البُخَارِيُّ رحمه الله في بيانِ الكبائرِ بإسنادِه إلىٰ أبي هُرَيْرَةَ [٥/٣٧١و/م] رضي الله عنه عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «اجْتَنِبُوا السَّبْعَ المُوبِقَاتِ»، قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ، وَمَا هُنَّ؟ قَالَ: «الشِّرْكُ بِاللهِ، وَالسِّحْرُ [٢/٢٦١ط]، وَقَتْلُ النَّفْسِ الَّتِي حَرَّمَ اللهُ إِلَّا بِالحَقِّ، وَأَكْلُ الرِّبَا، وَأَكْلُ مَالِ اليَتِيمِ، وَالتَّوَلِّي يَوْمَ الزَّحْفِ، وَقَذْفُ المُحْصَنَاتِ الغَافِلاتِ المُؤْمِنَاتِ»[2]. ذكَرَه في «الصحيح» في كتاب الحُدُود.

وحدَّثَ البُخَارِيُّ أيضًا بإسنادِه إلىٰ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه قَالَ: «قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «أَلَا أُنَبِّئُكُمْ بِأَكْبَرِ الكَبَائِرِ؟» قُلْنَا: بَلَىٰ يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: «الإِشْرَاكُ بِاللهِ، وَعُقُوقُ الوَالِدَيْنِ»، وَكَانَ مُتَّكِئًا فَجَلَسَ فَقَالَ: «أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ، وَشَهَادَةُ الزُّورِ»، فَمَا زَالَ يَقُولُهَا، حَتَّىٰ قُلْتُ: لَا يَسْكُتُ»[3]. ذكَرَه في كتاب «الأدب».

= وكان هو وأخوه إبراهيمُ بنُ يوسف شيخَيْ بلْخٍ في زمانهما. وله عدة تصانيف، منها «المختصر» على مذهب أبي حنيفة، وغير ذلك. (توفي سنة: ٢١٥هـ). ينظر: «تاريخ الإسلام» للذهبي [٥/٣٩٦]، و«الجواهر المضية» لعبد القادر القرشي [١/٣٤٧].

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢١٧٤٢]، عن إبراهيم النَّخَعِيِّ رحمه الله به.

(٢) أخرجه: البخاري في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة/ باب رمي المحصنات [رقم/ ٦٤٦٥]، ومسلم في كتاب الإيمان/ باب بيان الكبائر وأكبرها [رقم/ ٨٩]، وغيرهما من حديث: أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه. وهذا لفظ البخاري.

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الأدب/ باب عقوق الوالدين من الكبائر [رقم/ ٥٦٣١]، من طريق: عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه به.

قَالَ: وَلَا مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الحَدُّ للفسق.

وذكَرَ البُخَارِيُّ أيضًا في كتاب «الحُدُود» من «الصحيح» بإسنادِهِ إلىٰ عَبْدِ الله قَالَ: قُلْتُ: يَا رَسُولَ اللهِ، أيُّ الذَّنْبِ أَعْظَمُ؟ قَالَ: «أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدًّا وَهُوَ خَلَقَكَ»، قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ؟ قَالَ: «أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ مِنْ أَجْلِ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ»، قُلْتُ: ثُمَّ أَيٌّ؟ قَالَ: «أَنْ تُزَانِيَ حَلِيلَةَ جَارِكَ»[1].

وذكَرَ صاحبُ «السنن» هذا الحديثَ بإسنادِهِ إلىٰ عَبْدِ اللهِ ﷺ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ في آخرِ كتابِ الطَّلَاقِ[2]، ولكِن قالَ فيهِ: «وأوَّلُ تَصْدِيقِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ: ﴿وَٱلَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ ٱللَّهِ إِلَٰهًا ءَاخَرَ وَلَا يَقْتُلُونَ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَلَا يَزْنُونَ﴾» الآية[3].

قولُه: (قَالَ: وَ[لَا][4] مَنْ يَأْتِي بَابًا مِنَ الكَبَائِرِ الَّتِي يَتَعَلَّقُ بِهَا الحَدُّ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[5]، وذلكَ مِثْلُ الزِّنَا، والسَّرِقَةِ، وقَذْفِ المُحْصَنِ، وقَطْعِ الطَّرِيقِ، وإنَّما لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَن يأتي نوعًا مِن أنْواعِ الكبيرةِ؛ لأنَّه فاسقٌ، وشَهَادَةُ الفاسقِ غَيْرُ مقبولةٍ؛ لِقولِه تعالىٰ: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقُۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓاْ﴾ [الحجرات: ٦].

ونَقَلَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» عن الخَصَّافِ فقالَ: «ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ قُطَّاعِ الطَّرِيقِ، واللُّصوصِ، وأصْحابِ الفُجُورِ بِالنِّسَاءِ، ومَن يعْمَلُ عمَلَ قومِ لوطٍ، ومَن يشْرَبُ الخَمْرَ، ومَن يَسْكَرُ مِنَ النَّبِيذِ؛ لأنَّ هؤلاءِ فُسَّاقٌ». ولَمْ

(١) أخرجه: البخاري في كتاب المحاربين من أهل الكفر والردة/ باب إثم الزناة [رقم/ ٦٤٢٦]، ومسلم في كتاب الإيمان/ باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمها بعده [رقم/ ٨٦]، وغيرهما من حديث عَبْدِ اللهِ بْنِ مَسْعُودٍ ﷺ به.

(٢) لعل هذا سَبْق قلم، وصوابُه: في آخر كتاب الديات.

(٣) أخرجه: البخاري في كتاب الديات [رقم/ ٦٤٦٨]، عن عَبْدِ اللهِ بن مسعود ﷺ به.

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٥) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

قَالَ: وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ[١]؛ لِأَنَّ كَشْفَ الْعَوْرَةِ حَرَامٌ.

أَوْ يَأْكُلُ الرِّبَا، أَوْ يُقَامِرُ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنَ الْكَبَائِرِ،

غاية البيان

يَشْتَرِطِ الخَصَّافُ في شُرْبِ الخَمْرِ الإدمانَ كما ترىٰ.

ووجْهُه: أنَّ نفْسَ شُرْبِ الخَمْرِ يُوجِبُ الحَدَّ، فيُوجِبُ ردَّ الشَّهَادَةِ.

وشرَطَ في «شهادات الأصل» الإدْمانَ فقالَ: «ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مُدْمِنِ الخَمْرِ ومُدْمِنِ السَّكَرِ»[٢].

وفائدتُه: أنَّه إذا شَرِبَ في السِّرِّ لا تسْقُطُ عدالتُه.

قالَ صاحبُ «الأجناس»: «وهذا شرْطٌ صحيحٌ؛ لأنَّه متىٰ دامَ عليْهِ فهُو مُقيمٌ علىٰ مَعْصِيتِه، وإنْ لَمْ يَدُمْ عليْه فهُو تائبٌ نادِمٌ»[٣].

وقالَ النَّاصِحِيُّ أيضًا: «ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَن [٥/٣٧١ظ/م] يجلِسُ مَجالسَ الفُجُورِ والمَجَانَةِ علىٰ الشُّرْبِ، وإنْ لَمْ يَسْكَرْ؛ لأنَّ اختِلاطَه بهِم وتَرْكَهُ الأمرَ بالمعْروفِ يُوجِبُ سقوطَ عدالتِه، وإنْ لَمْ يكُن نفْس الجلوسِ فِسْقًا، فلا تُقْبَلُ شَهَادتُه.

قولُه: (قَالَ: وَلَا مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ)، وذلِكَ لأنَّ كشْفَ العوْرةِ حرامٌ، ومُرتَكِبُ الحرامِ فاسقٌ، فلا تُقْبَلُ شَهَادَتُه، ولأنَّ ذلكَ يدلُّ علىٰ ركاكةِ دِينِه، وقلَّةِ مُبالاتِه، فَلا يُؤْمَنُ عليْه مِن شَهَادَةِ الزُّورِ، فَلا تُقْبَلُ شَهَادَتُه.

قولُه: (أَوْ يَأْكُلُ الرِّبَا، أَوْ يُقَامِرُ بِالنَّرْدِ وَالشِّطْرَنْجِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[٤]، وهو عطْفٌ علىٰ قولِه: (مَنْ يَدْخُلُ الحَمَّامَ بِغَيْرِ إِزَارٍ)، وإنَّما

(١) في حاشية الأصل: «خ: مئزر».

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٥١١/طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٩١].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

وَكَذَلِكَ مَنْ تَفُوتُهُ الصَّلَاةُ لِلِاشْتِغَالِ بِهِمَا، فَأَمَّا مُجَرَّدُ اللَّعِبِ بِالشِّطْرَنْجِ فَلَيْسَ بِفِسْقٍ مَانِعٍ مِنَ الشَّهَادَةِ لِأَنَّ لِلِاجْتِهَادِ فِيهِ مَسَاغًا. وَشَرَطَ فِي الْأَصْلِ أَنْ يَكُونَ

غاية البيان

لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ آكِلِ الرِّبَا؛ لأنَّه فاسقٌ؛ لارتكابِه الحرامَ، قالَ تَعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، وقالَ تَعالى: ﴿وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ ٱلرِّبَوٰاْ إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ ۝ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُواْ فَأْذَنُواْ بِحَرْبٍ مِّنَ ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٧٨ - ٢٧٩].

وقدْ رَوَيْنَا عَن «صحيحِ البُخَارِيِّ»: «أَنَّ أَكْلَ الرِّبَا مِنَ السَّبْعِ الْمُوبِقَاتِ»[١].

ونَقَلَ صاحبُ «الأجناس» عن شَهَادَة «الأصل»: «ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ آكِلِ الرِّبَا إذا كانَ مشهورًا؛ لأنَّه إذا لَمْ يكُنْ مشهورًا، فطريقُهُ التُّهمةُ [٢/٢٦٢و] وعدالتُه ظاهرةٌ، فلا تَبْطُلُ بتهمةِ مَعْصِيَةٍ لَمْ تتحَقَّقْ»[٢].

وأمَّا الَّذي يلْعَبُ بِالشِّطْرَنْجِ إذا قامَرَ عليْه، أوْ شغَلَه عنِ الصَّلاةِ، أوْ أكثرَ الحَلِفَ بالكذِبِ أوِ البَاطِلِ؛ فلا تجوزُ شَهَادَتُه. كذا قالَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[٣]، وذلكَ لأنَّ القِمَارَ وتفويتَ الصَّلاةِ والكذب حرامٌ، فتسْقُطُ شَهَادَتُه.

أمَّا إذا لَمْ يُوجَدْ أحدُ هذِه المعاني، ولَعِبَ بِالشِّطْرَنْجِ، وحافَظَ على الصَّلاةِ في وقْتِها[٤]، ولَمْ يُقامِرْ على ذلِكَ، ولَمْ يحْلِفْ بِالكذِبِ؛ فإنَّه لا تسْقُطُ شَهَادَتُه، وذلِكَ لأنَّ العُلماءَ اختَلفوا في حرمةِ اللَّعبِ بِالشِّطْرَنْجِ وإباحتِه عندَ انعِدامِ هذِه المعاني، فعَلى قولِ مالكٍ والشَّافِعيِّ ﷺ: يَحِلُّ[٥]. كذا نَقَلَ مذهبَهما شمسُ الأئمَّة

---

(١) هذا بالمعنى، والحديث قد مضى تخريجه.

(٢) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/١٩١].

(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/٣٥].

(٤) وقع بالأصل: «في وقت». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٥) بل مذهبُهما: هو الجواز مع الكراهة، ورُوِيَ عن مالكٍ تحريمُه، وأنه كالنَّرْد. ينظر: «الأم» للشافعي [٧/٥١٥]، و«الحاوي الكبير» لأبي الحسن الماوردي [١٧/١٧٧]. و«التاج والإكليل لمختصر=

آكِلُ الرِّبَا مَشْهُورًا بِهِ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَلَّمَا يَنْجُو عَنْ مُبَاشَرَةِ الْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ وَكُلُّ ذَلِكَ رِبًا.

غاية البيان

السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» في باب المسألة عنِ الشهودِ.

ولأنَّ النَّاسَ لا يَعُدُّونَه مِنَ الكبائرِ، ولا يستَخِفُّونَ صاحبَه، فلا تُرَدُّ شَهادَتُه.

وجهُ قولِ الشَّافِعِيِّ ﷺ: أنَّه يشْحذُ الخواطرَ، وفيه تعلُّمُ أمْرِ الحربِ مِن انتِهازِ الفُرْصةِ، ودَفْعِ الكَيْدِ عَن نفسِه، وذلكَ أمرٌ محْمودٌ، فصارَ كاللَّعبِ بالفَرَسِ والقَوْسِ.

ولنا: ما روَىٰ صاحبُ «السنن» بإسنادِه إلىٰ عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**لَيْسَ مِنَ اللَّهْوِ إِلَّا ثَلَاثٌ: تَأْدِيبُ الرَّجُلِ فَرَسَهُ، وَمُلَاعَبَتُهُ أَهْلَهُ، وَرَمْيُهُ بِقَوْسِهِ وَنَبْلِهِ**»(١) [٥/٣٧٢و/م]، فبمُوجِبِ هذا الحديثِ يَكونُ اللَّهْوُ بِالشِّطْرَنْجِ حرامًا؛ لأنَّه غَيرُ الثَّلاثِ.

ورَوَىٰ في كتاب «**الأمالي في معرفة الصَّحابة**»(٢) في باب الحاء: مُسْنَدًا إلىٰ حَبَّةَ بنِ مُسْلِمٍ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «**مَلْعُونٌ مَنْ لَعِبَ بالشِّطْرَنْجِ، وَالنَّاظِرُ إِلَيْهَا كَالآكِلِ لَحْمَ الخِنْزِيرِ**»(٣).

= خليل» للمواق [٨/١٦٦]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٧/١٧٧].

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب الجهاد/ باب في الرمي [رقم/ ٢٥١٣]، والترمذي في كتاب فضائل الجهاد عن رسول الله ﷺ/باب ما جاء في فضل الرمي في سبيل الله [رقم/ ١٦٣٧]، والنسائي في كتاب الخيل/ تأديب الرجل فرسه [رقم/ ٣٥٧٨]، وابن ماجه في كتاب الجهاد/ باب الرمي في سبيل الله [رقم/ ٢٨١١]، وأحمد في «المسند» [٤/١٤٨]، من حديث: عُقْبَةَ بْنِ عَامِرٍ ﷺ، واللفظ لأبي داود. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»، وقال العراقي: «رواه أصحاب السنن الأربعة وفيه اضطراب». ينظر: «تخريج أحاديث الإحياء» للعراقي [ص/ ٧٥٨].

(٢) هو للحافظ أبي موسىٰ محمد بن عُمَر بن أحمد الأصبهانيّ المَدِينيّ. وقد تقدَّمَتْ ترجمته.

(٣) أخرجه: عبدان في «الصحابة»، وأبو موسىٰ المَدِينيّ في «الذيل علىٰ معرفة الصحابة»، كما في «الجامع الصغير/ مع فيض القدير» للسيوطي [٦/٥]، وابنُ حزم في «المحلىٰ» [٩/٦١]، من طريق عَبْدِ المَلِكِ بْنِ حَبِيبٍ أَنَا أَسَدُ بْنُ مُوسَىٰ، وَعَلِيُّ بْنُ مَعْبَدٍ عَنِ ابْنِ جُرَيْجٍ عَنْ حَبَّةَ بْنِ سَلْمٍ ﷺ=

قال: وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ المُسْتَحْقَرَةَ، كَالبَوْلِ عَلَىٰ الطَّرِيقِ، وَالأَكْلِ عَلَىٰ الطَّرِيقِ؛ لِأَنَّهُ تَارِكٌ لِلْمُرُوءَةِ، وَإِذَا كَانَ لَا يَسْتَحْيِ [٥٢/و] عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ

غاية البيان

ورُوِيَ عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ أنه قَالَ: «مَا أَنَا مِنْ دَدٍ وَلَا الدَّدُ مِنِّي[١]»[٢].

وأمَّا الَّذي يلعبُ بالنَّرْدِ: فمرْدودُ الشَّهادَةِ علىٰ كلِّ حالٍ. كذا في «الذخيرة»، وذلكَ لأنَّه حرامٌ بالإجْماعِ.

قولُه: (وَلَا مَنْ يَفْعَلُ الأَفْعَالَ المُسْتَحْقَرَةَ، كَالبَوْلِ عَلَىٰ الطَّرِيقِ، وَالأَكْلِ عَلَىٰ الطَّرِيقِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[٣].

= [ويقال: ابن مسلم كما وقع عند أبي موسىٰ] به مرسلًا.
قال ابنُ حزم: «ابنُ حبيب لا شيء، وأسد ضعيف، وحبَّة بن سَلمٍ مجهول، وهو منقطع».
وينظر: «لسان الميزان» لابن حجر [٥٤٢/٢/ترجمة حبة بن سلم].

(١) قال ابنُ الأثير في: «النهاية»: «الدَّدُ: اللهو واللعب، وهي محذوفة اللام، وقد استُعْمِلَتْ مُتَمَّمةً: دَدًا كَنَدًى، ودَدَنٌ كَبَدَنٍ، ولا يخلو المحذوفُ أنْ يكون ياء، كقولهم: يَدٌ في يَدْيٍ، أوْ نُونًا كقولهم: لَدُ في لَدُنْ.
ومعنىٰ تنكير الدَّد في الجملة الأُولىٰ: الشِّياع والاستغراق، وألَّا يَبْقَىٰ شيء منه إلا وهو مُنزَّه عنه. أي: ما أنا في شيءٍ مِن اللهو واللعب.
وتعريفُه في الجملة الثانية: لأنه صار معهودًا بالذِّكْر، كأنه قال: ولا ذلك النوع منِّي، وإنما لَمْ يَقُلْ: ولا هو مني؛ لأن الصريح آكَدُ وأبلغ.
وقيل: اللام في الدَّد لاستغراق جنس اللعب. أي: ولا جنس اللعب مني، سواء كان الذي قُلْتُه أوْ غيره مِن أنواع اللعب واللهو. واختيارُ الزمخشريِّ الأول، وقال: ليس يحْسُن أن تكون لتعريف الجنس؛ لأنَ الكلام يَتَفَكَّكُ، ويخْرُج عن التئامِه. والكلامُ جملتان، وفي الموضِعَيْنِ مضافٌ محْذوفٌ تقديرُه: ما أنا مِن أهل دَدٍ ولا الدَّدُ مِن أشغالي». كذا جاء في حاشية: «م». وينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [١٠٩/٢/مادة: دَدَ].

(٢) أخرجه: البخاري في «الأدب المفرد» [ص/ ٢٧٤]، وابن عدي في «الكامل» [٢٤٣/٧]، والطبراني في «المعجم الأوسط» [١٣٢/١]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٢١٧/١٠]، من حديث أَنَس بنْ مَالِك ﷺ به.
قال الهيثمي: «رواه البزار والطبراني في الأوسط وفيه يحيىٰ بن محمد بن قيس، وقد وُثِّق، ولكن ذكروا هذا الحديثَ مِن مُنكرات حديثه». ينظر: «مجمع الزوائد» للهيثمي [٤١٣/٨].

(٣) ينظر: «المختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

لَا يَمْتَنِعُ عَنْ الْكَذِبِ فَيُتَّهَمُ.

غاية البيان

وهنا نُسَخ(١): «المُسْتَحْقَرَة»(٢)، و«المُسْتَخَفَّة»، و«المُسْتَقْبَحة»(٣)، وكلُّها على صيغةِ اسمِ المفْعولِ، ورُوِيَ: «المُسَخِّفَة»(٤) بالخاءِ المشدَّدةِ المكسورةِ، وهيَ **أصحُّ** النُّسَخِ، وهيَ مِن التسْخِيفِ، وهيَ النسبةُ إلىٰ السُّخْفِ، وهوَ رِقَّةُ العقلِ، مِن قولِهِمْ: ثوبٌ سخيفٌ، إذا كانَ قليلَ الغَزْلِ، ويُرْوَىٰ: «المُسْتَخِفَّة»(٥) ـ بكَسْر الخاء ـ، أي: الأفعال المُسْتَخِفَّة بصاحبِها.

قالَ النَّاطِفِيُّ في «الأجناس»: «وكانَ شيخُنا أبو عَبدِ اللهِ الجُرْجَانِيُّ يَحكِي عَن أَبي بكرٍ الرَّازِيِّ عَن أَبي الحسَنِ الكَرْخِيِّ: أنَّ مَن يأكُلُ في السُّوقِ بينَ أيْدي النّاسِ؛ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه، وكذلِكَ مَن يمشِي في السُّوقِ بسَرَاويل ليسَ عليهِ غيرُه؛ لأنَّه تاركٌ للمُرُوَّةِ»(٦).

---

(١) يعني: هنا نُسَخٌ مختلفة مِن: «الهداية» في كلمة: «المُسْتَحْقَرَة».

(٢) وهذا هو المُثْبت في المطبوع من: «الهداية» للمَرْغِيناني [١٢١/٣]، وفي نسخة البَابِسْوني من «الهداية» [ق/ ٢١٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْدِيّ (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتِيّ) من «الهداية» [ق/ ١٨٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة القاسِمِيّ مِن «الهداية» [ق/ ١٨٧/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا].

(٣) أشار المؤلفُ إلىٰ هذه النُّسَخ جميعًا في حاشية النسخة التي بخطه مِن «الهداية» [٢/ق٥٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وكذا الشَّهْرَكَنْدِيّ في نُسخته (المقروءة علىٰ أكمل الدين البابرتِيّ) من «الهداية» [ق/ ١٨٩/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٤) وهذا المُثْبت في نسخة الأَرْزَكانِيّ من «الهداية» [٢/ق٥٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٥) وهذا المُثْبت في نسخة القَسْطموني مِن «الهداية» [٢/ق٥٤/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/ ٥٢/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)]. وأشار إليه الأَرْزَكانِيُّ في حاشية النسخة التي بخطه مِن «الهداية» [٢/ق٥٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا].

(٦) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٩١/٢].

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ لظُهُورِ فِسْقِهِ بِخِلَافِ مَنْ يَكْتُمُهُ.

غاية البيان

وقالَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «حُكِيَ عَن أبي الحسنِ: أنَّ شيخًا لوْ صارَعَ الأحداثَ في الجامعِ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُه؛ لأنَّ هذا سُخْفٌ، وإنْ لَمْ يُحْكَمْ بِفِسْقِه لذلِكَ».

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ مَنْ يُظْهِرُ سَبَّ السَّلَفِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

والمرادُ مِن السَّلَفِ: الصحابةُ والتَّابعونَ، وأبو حَنِيفَةَ منهُم ﷺ.

وقالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ في «شرْح أدب القاضي»: «قالَ أبو يوسُف ﷺ: أيُّما رَجُلٍ أظهَرَ شتيمةَ أصحابِ رسولِ اللهِ ﷺ [٢/٢٦٢ظ]؛ لا تكونُ شَهَادَتُه مقبولةً، وذلكَ لأنَّه لوْ أظهَرَ شتيمةَ واحدٍ مِنَ المسْلمينَ لا تكونُ شَهَادَتُه مقبولةً، وتَسْقُطُ عدالتُه، فإذا أظهَرَ الشَّتيمةَ لواحدٍ مِن أصحابِ رَسولِ اللهِ ﷺ؛ فكيفَ تَكونُ شهادتُه مقبولةً؟!

ونَقَلَ صاحبُ «الأجناس» في الموضعيْنِ في «أدب القاضي» وفي الشَّهاداتِ عنِ «نوادر أبي يوسف» روايةَ ابنِ سَمَاعَةَ: «لا أقبَلُ شهادةَ مَن يَشْتِمُ أصحابَ [٥/٣٧٢ظ/م] رسولِ اللهِ ﷺ، وأقبَلُ شَهَادَةَ مَن يَتبَرَّأُ منهُم».

وفرَّقَ بينَهما: بأنَّ[2] إظهارَ الشَّتيمةِ مُجونةٌ[3] وسَفَهٌ، لا يأْتي بذلِكَ إلَّا الأوْضَاعُ والأسْقاطُ، وشَهَادَةُ السَّخيفِ لا تُقْبَلُ، ولا كذلِكَ التَّبَرُّؤُ؛ لأنَّه يعتقدُه دِينًا، وإنْ كانَ على بَاطِلٍ، فلَمْ يظْهَرْ فِسْقُه[4].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

(٢) وقع بالأصل: «لأن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».

(٣) الماجِنُ: القليل الحياء، ولا يُبالِي بما صنَع. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(٤) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/ ١٩٣].

وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الأَهْوَاءِ إِلَّا الخَطَّابِيَّةُ وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ أَغْلَظُ وُجُوهِ الفِسْقِ.

غاية البيان

وإنَّما قَيَّدَ القُدُورِيُّ بإظهارِ سبِّ السلَفِ؛ لأنَّه إذا اعتقدَ ذلِكَ ولَمْ يُظْهِرْه ـ وهوَ عدْلٌ في أفعالِه ـ؛ فإنَّ شَهادَتَه تُقْبَلُ[1]. كذا في «شرْح الأقطع».

قولُه: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الأَهْوَاءِ إِلَّا الخَطَّابِيَّةُ).

أرادَ بأهلِ الأهْواءِ: أصحابَ البدعِ كَالخَارِجِيِّ، وَالرَّافِضِيِّ والجَبْرِيِّ، والقَدَرِيِّ، وَالمُشَبِّهِ وَالمُعَطِّلِ، وسُمِّيَ أهلُ البدعِ أهلَ الأهواءِ: لمَيَلَانِهم إلىٰ مَحبوبِ نُفوسِهم بِلا دليلٍ شرعيٍّ، أوْ عقليٍّ، والهَوَىٰ محبوبُ النَّفسِ، مِن هَوِيَ الشَّيءَ إذا أحبَّه، وقد مَرَّ في «التَّبْيين» في بابِ أقسامِ السُّنَّة[2].

وعندَ الشَّافِعِيِّ ﷺ: لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ أهلِ الأهْواءِ[3]؛ لأنَّ الفسْقَ مِن حيثُ الاعتقادُ شَرٌّ مِن الفسقِ مِن حيثُ التَّعاطِي.

ولنا: أنَّ صاحبَ الهوَىٰ مسْلمٌ لا يُتَّهَمُ بِالكذبِ، إذا امتنَعَ عَن سائرِ محظورِ دِينِه، وإنَّما وقَعَ فيما وقَعَ لتشَدُّدِه في الدِّينِ، وذلِكَ مانعٌ مِن الكذِبِ، لا سيَّما إذا اعتقَدَ الكذبَ كفرًا، وهو مذهبُ الخَوارجِ، فيكونُ ذلكَ أبعدَ مِن التُّهمةِ.

قالَ في «شرح الأقطع»: «قالَ محمَّدٌ في الخَوَارجِ: ما لَمْ يخْرُجوا إلىٰ قتالِ أهلِ العدْلِ؛ فشهادتُهم جائزةٌ؛ لأنَّهم لَمْ يُظْهِروا مِن أنفسِهم الفسْقَ، وإنَّما اعتقَدوه، فإذا قاتَلُوا؛ فقدْ أظْهروا الفسْقَ، فلَمْ تُقْبَلْ شهادتُهم»[4].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٣].

(٢) ينظر: «التَّبيين شرح الأخسيكثيّ» للمؤلف [١/٦٠١ ـ ٦٠٣].

(٣) للشافعي في هؤلاء تفصيل، وهو أنه لا يقبل شهادة مَن كفر مِن أهل البدع، وأمَّا مَن لا يكفُر مِن أهل البدع والأهواء، فتجوز شهادتُهم إلا الخطَّابية. ينظر: «الأم» للشافعي [٨/١٣٠]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٧/١٦٨]. و«روضة الطالبين» للنووي [١١/٢٣٩].

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٣].

وَلَنَا أَنَّهُ فِسْقٌ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ وَمَا أَوْقَعَهُ فِيهِ إِلَّا تَدَيُّنُهُ بِهِ وَصَارَ كَمَنْ يَشْرَبُ الْمُثَلَّثَ أَوْ يَأْكُلُ مَتْرُوكَ التَّسْمِيَةِ عَامِدًا مُسْتَبِيحًا لِذَلِكَ، بِخِلَافِ الْفِسْقِ مِنْ حَيْثُ التَّعَاطِي.

غاية البيان

وأمَّا الخَطَّابِيَّةُ: فهُم قومٌ مِن غُلاةِ الرَّوَافِضِ، قالَ في «**شرْح الأقطع**»[1]: «هُم يُنْسَبونَ إلىٰ أبي الخَطَّابِ، رَجُلٌ كانَ بالكوفةِ، قتَلَه عيسىٰ بنُ مُوسَىٰ وصَلَبَه بِالكُنَاسَةِ[2]؛ لأنَّه كانَ يزعُم أنَّ عليًّا هوَ الإلهُ الأكْبرُ، وجَعْفَر الصَّادِق الإلهُ الأصغرُ، وكانوا يعتقِدونَ أنَّ مَنِ ادَّعَىٰ منهُم شيئًا علىٰ غيرِه؛ يجبُ أنْ[3] يشْهَدَ له بقيةُ شِيعتِه».

قالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ في «**أصول الفقه**» في فصْل بيان وجوهِ الانقِطاعِ في تفسير الخَطَّابِيَّة: «هُم ضَرْبٌ مِن الرَّوَافِضِ، يُجَوِّزُونَ أداءَ الشَّهَادَةِ إذا حلفَ المُدَّعِي بينَ يدَيهم أنَّه مُحِقٌّ في دعْواه، ويقولونَ: المسلمُ لا يحْلِفُ كاذبًا، ففي هذا الاعتقادِ ما يُرجِّحُ جانبَ الكذِبِ في شهادتِهم»[4].

ونَقَلَ في «**الأجناس**» عَن «**نوادر ابنِ رُسْتُم**»: «قالَ محمدٌ رحمه الله: شَهَادَةُ أهلِ الأهواءِ جائزةٌ إلَّا الرَّافِضَةَ [٥/٣٧٣و/م]، فإنَّ صنفًا منهُم يُصَدِّقُ بعضُهُم بعضًا، فيشْهَدُ هوَ لَه، فَلا تُقْبَلُ شَهادتُهم».

وفي «**أدب القاضي**» إملاءً: «هؤلاءِ الرَّافِضَةُ هُم الخَطَّابِيَّةُ»[5].

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٣].

(٢) الكُنَاسَةُ: هي محلة مشهورة بالكوفة. ينظر: «معجم البلدان» لياقوت الحموي [٤٨١/٤].

(٣) وقع بالأصل: «يجب له أنْ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح مختصر القُدُورِيّ» لأبي نَصْر الأَقْطَع [٢/ق٢٩٣/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ رقم الحفظ: (٨٠٠)].

(٤) ينظر: «أصول السرخسي» [٣٧٣/١].

(٥) ينظر: «الأجناس» للناطفي [١٩٤/٢].

أَمَّا الْخَطَّابِيَّةُ فَهُمْ مِنْ غُلَاةِ الرَّوَافِضِ يَعْتَقِدُونَ الشَّهَادَةَ لِكُلِّ مَنْ حَلَفَ عِنْدَهُمْ.

وَقِيلَ يَرَوْنَ الشَّهَادَةَ لِشِيعَتِهِمْ وَاجِبَةً فَتَمَكَّنَتْ التُّهْمَةُ فِي شَهَادَتِهِمْ.

غاية البيان

وقالَ في «المغرب»: «الخَطَّابِيَّةُ طائفةٌ مِنَ الرَّافِضَةِ، نُسِبُوا إلى أبي الخَطَّابِ محمَّدِ بنِ أبي وَهْبٍ الأَجْدَعِ»[1].

وقالَ أبو حاتمٍ أحمدُ بنُ حمدانَ الرَّازيُّ: «الخَطَّابِيَّةُ نُسِبوا إلى أبي الخَطَّابِ، واسمُه: محمَّدُ بنُ أبي زَيْنَبَ الأسديُّ [٢/٢٦٣و] الأَجْدَع، وكانَ يقولُ بإمامةِ إسماعيلَ بنِ جعْفرٍ، فلَمَّا ماتَ إسماعيلُ؛ رجَعوا إلى القولِ بإمامةِ جعفرٍ، وغَلَوْا في القولِ غُلُوًّا كبيرًا.

وخرَجَ أبو الخَطَّابِ في حياةِ جعْفرٍ بالكوفةِ، فحارَبَ عيسى[2] بنَ مُوسَى بن عَلِيِّ بنِ عبدِ اللهِ بنِ العباسِ، وأظهَرَ الدَّعوةَ إلى جعفرٍ، فتَبَرَّأَ منهُ جعفرٌ، ولعَنَه ودَعا عليْه، وقُتِلَ هوَ وأصحابُه كلُّهم.

ويُقالُ: إنَّه لَمْ يُفْلِتْ منهُم إلا رَجُلٌ واحدٌ اسمُه: سالمُ بنُ مَكْرمٍ الجمَّالُ، ويُكْنَى بأبي سلمةَ، ويُلَقَّبُ بأَبِي خديجةَ، وكانَ أبو الخَطَّابِ يقولُ بإلاهيَّةِ جعفرٍ! تعالى اللهُ عمَّا يقولُ الظَّالمونَ والجاحِدونَ علوًّا كبيرًا.

وَثَبَتَ قومٌ مِن أهلِ مَقالتِه بعْدَه على القولِ بذلِكَ، وقالوا في الأئمَّةِ كلِّهم بالغُلُوِّ الشَّديدِ، وخرجَتْ فرقةٌ منهُم إلى القولِ بإمامةِ محمَّدِ بنِ إسْماعيلَ بعدَ أبيهِ إسماعيلَ، وزعَموا أنَّ أبا الخَطَّابِ أمَرَهُم بذلكَ ودَلَّهم عليْهِ، وقالوا فيه مِثْلَ ما قالوا في سائرِ الأئمَّةِ مِنَ القولِ الكبيرِ، والكُفْرِ العظيمِ، ثمَّ تفرَّقوا بعْدَ ذلِكَ فِرَقًا

---

(١) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [١/٢٦٠].

(٢) في «غ»: «فجاوَرَ عيسى». والذي في كتاب أبي حاتم: «في زمن عيسى».

قال: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَىٰ بَعْضٍ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ.

كثيرةً، نذْكُرُ ألقابَهم بعدَ ذلِكَ عندَ ذِكْرِ الغُلَاةِ»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ أبي حاتمٍ الرَّازِيِّ.

قولُه: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ أَهْلِ الذِّمَّةِ بَعْضِهِمْ عَلَىٰ بَعْضٍ، وَإِنِ اخْتَلَفَتْ مِلَلُهُمْ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[٢]، وهذا مذهبُنا، وهوَ قولُ شُرَيْحٍ، والشَّعْبِيِّ[٣]، وعُمَرَ بنِ عَبْدِ العَزِيزِ، وابنِ شهابٍ[٤]، ويحيىٰ بنِ سَعيدٍ.

قالَ الطَّحَاوِيُّ: عنِ ابنِ أبي عِمْرانَ قالَ: «سمعْتُ يحيىٰ بنَ أكْثَمَ يقولُ: ما وجدْتُ عَنْ أحدٍ مِنَ المتقدِّمينَ أنَّ شَهَادَةَ النَّصارَىٰ بعضِهم علىٰ بعضٍ لا تَجوزُ إلَّا رَبِيعَةَ».

وقالَ مالكٌ[٥] والشَّافِعِيُّ ﷺ[٦]: لا تجوزُ.

لهما: أنَّ الكافرَ فاسقٌ؛ لقولِه تَعالىٰ فيهِم في سورةِ النّورِ: ﴿وَمَن كَفَرَ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَأُولَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْفَٰسِقُونَ﴾ [النور: ٥٥]، ولا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الفاسقِ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿إِن جَآءَكُمْ فَاسِقٌۢ بِنَبَإٍ فَتَبَيَّنُوٓا﴾ [الحجرات: ٦]، ولأنَّ الشَّهَادَةَ مِن بابِ الولايةِ والكَرامةِ، والكافرُ مِن أهْلِ الإهانةِ، فلا تُقْبَلُ شَهادتُه، كالمُرْتَدِّ والحَرْبِيِّ.

ولَنا: ما حدَّثَ الطَّحَاوِيُّ في [٥/٣٧٣ط/م] «شرْح الآثار» بإسنادِه: إلىٰ عَامِرٍ الشَّعْبِيِّ عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ: أَنَّ اليَهُودَ جَاءُوا إِلَىٰ رَسُولِ اللهِ ﷺ بِرَجُلٍ وَامْرَأَةٍ

---

(١) ينظر: «الزينة في الكلمات الإسلامية العربية» لأبي حاتم الرازيِّ [٣/٦٥].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريِّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) شُرَيْح والشَّعْبيّ: كلاهما من فقهاء التابعين بالكوفة. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«ض».

(٤) ابنُ شهاب: هو الزهري، مِن كبار التابعين. ويحيىٰ بن سعيد مِن كبار التابعين بالمدينة. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م»، و«ض».

(٥) ينظر: «منح الجليل» لعُلَيْش [٨/٣٨٩]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٧/١٧٦].

(٦) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٧/٦١]، و«روضة الطالبين» للنووي [١١/٢٢٢].

وَقَالَ مَالِكٌ وَالشَّافِعِيُّ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ فَاسِقٌ، قَالَ اللهُ تَعَالَىٰ: ﴿وَٱلْكَٰفِرُونَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ﴾ [البقرة: ٢٥٤] فَيَجِبُ التَّوَقُّفُ فِي خَبَرِهِ، وَلِهَٰذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ عَلَى الْمُسْلِمِ فَصَارَ كَالْمُرْتَدِّ..

غاية البيان

مِنْهُم زَنَيَا. فَقَالَ لَهُمْ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «ائْتُونِي بِأَرْبَعَةٍ مِنْكُمْ يَشْهَدُونَ»[1].

فَعُلِمَ بذلكَ: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ جَوَّزَ شهادتَهم عليهم، ولأنَّ الكافرَ له ولايةٌ على نفسِه، وعلى الصِّغارِ مِن أَوْلادِه، فيكونُ له ولايةٌ على جنسِه، فتُقْبَلُ شَهادتُه على جنسِه، كالمسلِمِ لَمَّا كانَ له ولايةٌ على نفسِه وأَوْلادِه الصِّغارِ؛ كانَ له ولايةٌ على جنسِه منَ المسلمينَ، بخِلافِ المُرْتَدِّ؛ فإنَّه لا ولايةَ له أصلًا؛ لأنَّه لا دِينَ له يُقَرُّ عليه.

وبخلافِ شَهادَةِ الحَرْبِيِّ على الذِّمِّيِّ؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ أعلَىٰ حالًا منهُ، ولأنَّ لخَبَرِ الذِّمِّيِّ أثرًا في غلَبَةِ الظَّنِّ؛ لصدُورِه عن عَقْلٍ ودِينٍ صارِفَيْنِ عن قُبْحِ الكذبِ، فيجبُ العملُ بغَلَبَةِ الظَّنِّ، فتُقْبَلُ شَهادَتُه كالمُسْلِمِ.

بخِلافِ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ على المسلِمِ؛ حيثُ لا تُقْبَلُ لِلتُّهمةِ؛ لأنَّه يعادِي المسلمَ، وربَّما يريدُ إضْرارَه بالكذبِ عليه، ولأنَّه لا ولايةَ لهُ على المسلِمِ بالنَّصِّ.

فإنْ قيلَ: مَن لا تُقْبَلُ شَهادَتُه على المسلِمِ؛ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه على الكافِرِ، كالفاسقِ.

قُلنا: الكافرُ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه على المسلِمِ للتهمةِ؛ لأنَّهم يستحِلُّونَ دماءَنا وأموالَنا، وهذِه التهمةُ معدومةٌ في شَهادَةِ بعضِهم على بعضٍ، بخلافِ الفاسقِ؛ فإنَّه مَرْدودُ الشَّهادَةِ لِفِسْقِه، وهو مَوْجُودٌ في شَهادَتِه على الكافِرِ كما هو مَوْجُودٌ في

(١) أخرجه: الطحاوي في «شرح معاني الآثار» [١٤٢/٤]، من حديث: عامر الشَّعْبيِّ عَنْ جابرِ بْنِ عَبْدِ الله ﷺ به.
قال ابنُ التركمانيِّ: «هذا سندٌ جيد». ينظر: «الجوهر النقي/ بحاشية سنن البيهقي» لابن التركماني [١٦٢/١٠].

وَلَنَا مَا رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - أَجَازَ شَهَادَةَ النَّصَارَىٰ بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ، وَلِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ الْوِلَايَةِ عَلَىٰ نَفْسِهِ وَأَوْلَادِهِ الصِّغَارِ فَيَكُونُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ جِنْسِهِ، وَالْفِسْقُ مِنْ حَيْثُ الِاعْتِقَادُ غَيْرُ مَانِعٍ لِأَنَّهُ يَجْتَنِبُ مَا يَعْتَقِدُهُ مُحَرَّمَ دِينِهِ، وَالْكَذِبُ مَحْظُورُ الْأَدْيَانِ، بِخِلَافِ الْمُرْتَدِّ؛ لأنه لَا وِلَايَةَ لَهُ، وَبِخِلَافِ شَهَادَةِ الذِّمِّيِّ عَلَى الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهِ، ولأنه يَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ؛ لأنه يَغِيظُهُ قَهْرُهُ إِيَّاهُ، وَمِلَلُ الْكُفْرِ وَإِنْ اخْتَلَفَتْ فَلَا قَهْرَ فَلَا يَحْمِلُهُمْ الْغَيْظُ عَلَى التَّقَوُّلِ.

قال: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الْحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ الْمُسْتَأْمَنُ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَيْهِ

غاية البيان

شَهَادَتِه علىٰ [٢/٢٦٣ط] المسلمِ، فبَطَلَ القياسُ؛ لأنَّ عِلَّةَ الرَّدِّ وُجِدَتْ في شَهَادَةِ الفاسقِ، دونَ شَهَادَةِ الكافرِ علىٰ الكافرِ.

فَإِنْ قُلْتَ: علىٰ هذا ينبغي ألَّا تُقْبَلَ شَهَادَةُ اليَهُودِيِّ علىٰ النَّصْرَانِيِّ وبالعكسِ؛ لأنَّ كُلًّا منهُما يَسْتَحِلُّ دمَ الآخَرِ.

قُلْتُ: لَمَّا كانوا جميعًا أهلَ الذِّمَّةِ، وكانوا تحتَ إذْلالِنا وإهانَتِنا، وظَهَرَتْ بينَنا وبينَهم عداوةٌ؛ اقتضىٰ ذلِكَ اجْتماعُهم، فانتفَتِ التُّهمةُ.

قولُه: (لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهُ)، أيْ: لأنَّ الشَّأنَ لَا ولايةَ لِلذِّمِّيِّ، (بِالْإِضَافَةِ إِلَيْهِ)، أيْ: بالنِّسبةِ إلىٰ المسلِمِ.

وإنَّما قَيَّدَ بالإضافةِ إلىٰ المسلِمِ؛ لأنَّ لِلذِّمِّيِّ ولايةٌ علىٰ نفْسِه، وعلىٰ أولادِه الصِّغارِ.

قولُه: (يَتَقَوَّلُ عَلَيْهِ)، أي: يفترِي الذِّمِّيُّ علىٰ المسْلِمِ.

قولُه: (يَغِيظُهُ قَهْرُهُ إِيَّاهُ)، أي: قهْرُ المسلمِ الذِّمِّيَّ، يُقالُ: غاظَه، أي: أغضبَه.

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ [٥/٣٧٤م] الْحَرْبِيِّ عَلَى الذِّمِّيِّ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ ﵀

لِأَنَّ الذِّمِّيَّ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا وَهُوَ أَعْلَىٰ حَالًا مِنْهُ، وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الذِّمِّيِّ عَلَيْهِ كَشَهَادَةِ الْمُسْلِمِ عَلَيْهِ وَعَلَى الذِّمِّيِّ (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُسْتَأْمَنِينَ بَعْضِهِمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ دَارٍ وَاحِدَةٍ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ دَارَيْنِ كَالرُّومِ وَالتُّرْكِ لَا تُقْبَلُ) لِأَنَّ اخْتِلَافَ الدَّارَيْنِ يَقْطَعُ الْوِلَايَةَ وَلِهَذَا يَمْنَعُ التَّوَارُثَ، بِخِلَافِ الذِّمِّيِّ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ دَارِنَا، وَلَا كَذَلِكَ الْمُسْتَأْمَنُ.

غاية البيان

في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ اختِلافَ الدَّارَيْنِ قاطعٌ للولايةِ والعِصمةِ، والشَّهادةُ ولايةٌ، فلَمْ تُقبَلْ شَهادَتُه، ولأنَّ الحَرْبِيَّ عدوٌّ مُطلَقٌ مِن أهلِ دارِهم، والذِّمِّيُّ مِن أهْلِ دارِنا، وقدْ قَبِلَ خَلَفَ الإسلامِ وهو الجِزْيَةُ، حتّى كانَ لَه وعليهِ مِثْلُ ما كانَ لِلمسلِمِ وعليْه، فكانَ أعلَىٰ حالًا مِنَ الحَرْبِيِّ؛ فلَمْ يَجُزْ أنْ تُجْعَلَ له ولايةٌ على الذِّمِّيِّ.

وتُقْبَلُ شَهادَةُ الذِّمِّيِّ على المُسْتَأْمنِ؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ أعلَىٰ حالًا منهُ، فجازَ أنْ تُجْعَلَ لَه ولايةٌ عليْه، كشهادةِ المسلِمِ على المُسْتَأْمنِ وعَلى الذِّمِّيِّ.

وتُقْبَلُ شَهادَةُ المُسْتَأْمنينَ بعضِهم على بعضٍ بشَرْطِ اتِّحادِ الدَّارِ، فإذا اختلفَتْ فَلا، لارتِفاعِ الولايةِ والعِصمةِ، ولِهذا لا يَجْرِي التَّوارُثُ عندَ اختِلافِ الدّارَيْنِ، بخِلافِ أهلِ الذِّمَّةِ، حيثُ تُقْبَلُ شَهادَةُ بعضِهم على بعضٍ، وإنْ كانَ هذا رُومِيًّا وذاكَ تُرْكِيًّا؛ لأنَّهم لَمَّا قَبِلوا الجِزْيَةَ صاروا مِن أهلِ دارِنا، فكانتْ دارُهُم متَّحِدةً حُكْمًا.

قالَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «فإنْ أَسْلَمَ المشهودُ عليهِ قبْلَ أنْ يُقْضَىٰ عليهِ؛ بطلتِ الشَّهادَةُ؛ لأنَّا لوْ قضَيْنا لقَضَيْنا الآنَ، ولا يجوزُ أنْ يُقْضَىٰ بشَهادَةِ كافرٍ علىٰ مسلمٍ، وإذا عرضَ ما يَمْنَعُ القَضاءَ بالشهادةِ قبْلَ القَضاءِ لَمْ يُقْضَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٠].

قَالَ: وَإِنْ كَانَتِ الحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنَ السَّيِّئَاتِ، وَالرَّجُلُ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرَ، قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ هَذَا هُوَ الصَّحِيحُ فِي حَدِّ الْعَدَالَةِ الْمُعْتَبَرَةِ، إِذْ لَا بُدَّ مِنْ تَوَقِّي الْكَبَائِرِ كُلِّهَا وَبَعْدَ ذَلِكَ يُعْتَبَرُ الْغَالِبُ كَمَا ذَكَرْنَا، فَأَمَّا الْإِلْمَامُ بِمَعْصِيَةٍ لَا تَنْقَدِحُ بِهِ الْعَدَالَةُ الْمَشْرُوطَةُ فَلَا تُرَدُّ بِهِ الشَّهَادَةُ الْمَشْرُوعَةُ لِأَنَّ فِي اعْتِبَارِ اجْتِنَابِهِ الْكُلَّ سَدَّ بَابِهِ وَهُوَ مَفْتُوحٌ إِحْيَاءً لِلْحُقُوقِ.

غاية البيان

بِه، كما لَوْ رجعَ الشهودُ قبْلَ القَضاءِ بالشّهادةِ؛ فإنَّه لا يُقْضَى، كذا هذا.

وإنْ قُضِيَ عليْهِ بشَهَادَةِ الكافِرِ، ثمَّ أَسْلَمَ؛ فالقَضاءُ ماضٍ، ويُؤخَذُ منهُ المالُ؛ لأنَّ الشَّهَادَةَ تمتْ بالقضاءِ، وطَرَيانُ ما يُبْطِلُ الشَّهَادَةَ لا يُبْطِلُ القَضَاءَ، كما لوْ رَجعَ الشهودُ بعدَ القَضَاءِ إلَّا في الحُدُودِ والقِصَاصِ في النَّفسِ، وفيما دونَ النَّفسِ، فإنِّي أدرَأُ ذلكَ عنهُ؛ لأنَّ الإمْضاءَ مِن القَضَاءِ في باب الحُدُود، فإذا عرضَ مانعٌ قَبْلَ الاِسْتِيفَاءِ لَمْ يُسْتَوفَ الحدُّ والقِصَاصُ».

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ كَانَتِ الحَسَنَاتُ أَغْلَبَ مِنَ السَّيِّئَاتِ، وَالرَّجُلُ يَجْتَنِبُ الكَبَائِرَ؛ قُبِلَتْ شَهَادَتُهُ وَإِنْ أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

قالَ أبو محمّدٍ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» ـ في باب المسألة عنِ الشهود ـ: «وإذا سَلِمَ الرَّجُلُ مِن الفواحشِ الَّتي يجبُ فيها الحُدُودُ، وما يُشْبِهُ ذلكَ مِنَ العظائمِ؛ نظَرْنا في مَعاصِيهِ وفي طاعتِه، فإن كانَ يُؤدِّي [٥/٣٧٤ظ/م] الفرائضَ، وأخلاقُ البِرِّ فيهِ أكثرُ مِنَ المعاصي الصِّغارِ؛ قَبِلْنا شَهادَتَه، إذْ لا يَسْلَمُ عبدٌ مِن ذنْبٍ، وإنْ كانَ المعاصِي أكثرَ مِن أخلاقِ البِرِّ رُدَّتْ شَهادَتُه؛ لأنَّه لا يَرْتَكِبُ الكبائرَ، والخيرُ عليهِ غالبٌ، وصغيرُ الذّنبِ معَ ظاهرِ الصَّلاحِ لا يُوجِبُ رَدَّ الشَّهادَةِ».

ثمَّ قالَ بعدَ [٢/٢٦٤ر] ورقتيْنِ: «قالَ أبو يوسُف ﷺ: إذا كانَ أكثرُ أمورِ الإنسانِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢٠].

....

حَسَنةً فهوَ عَدْلٌ إنْ كانَ الَّذي يكونُ منهُ مِن القبيحِ ليسَ مِن الكبائرِ؛ لأنَّ أحدًا لا يخلو عن زلَّةٍ، فإذا كانَ غالبُ أمْرِه الصَّلاحَ قُبلَتْ بيِّنتُه، وإنْ كانَ صاحبَ كبيرةٍ، فاستغْفَرَ اللهَ منها وتابَ، وظهَرَتْ توْبتُه وأصْلَحَ فهوَ عَدْلٌ».

وقالَ شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ في «شرْح أدب القاضي»: «قد نُقِلَ أقوالٌ كثيرةٌ عنِ السَّلفِ في اشتِراطِ العَدَالَةِ في الشّهودِ. والحاصلُ: ما رُوِيَ عنِ القاضي أبي خازم[1]: أنّه سألَه عبيدُ اللهِ بنُ سليمانَ وزيرُ المعتضدِ باللهِ عنِ العدْلِ في الشَّهَادَةِ، فقالَ: أحسنُ ما نُقِلَ في هذا البابِ: ما رُوِيَ عَن أبي يوسُف يعقوبَ بنِ إبْراهيمَ الأنصارِيِّ القاضي ﷺ: أنه سُئِلَ عنِ العدْلِ في الشَّهادَةِ، فقالَ: أنْ يكونَ مجْتَنِبًا للكبائرِ، ولا يكون مُصِرًّا على الصَّغائرِ، ويكونُ صلاحُه أكثرَ مِن فسادِه، وصوابُه أكثرَ مِن خطَئِه، وأنْ يستَعْمِلَ الصدْقَ ديانةً ومُرُوَّةً، ويجتَنِبَ عنِ الكذبِ ديانةً ومُرُوَّةً، فاستحْسَنُوا ذلكَ، وأثبَتُوهُ في ديوانِ الحَضْرة». إلى هنا لفْظُ شمسِ الأئمَّة.

وهذا الَّذي ذكرَه صحيحٌ؛ لأنَّ أحدًا لا يُمْكِنُه الاجتنابُ عَن جميعِ الذُّنوبِ: الكبائرِ والصّغائرِ إلَّا الأنبياء ـ صلوات الله عليهم ـ فلوِ اشْتُرِطَ الاجتنابُ عَن جميعِ ذلكَ في العَدَالَة؛ انسَدَّ بابُ الشَّهادَة، وهوَ مندوبٌ إليْه بقولِه تَعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]، وقولِه: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، فلَمَّا كانَ كذلِكَ؛ اعتُبِرَ الغالبُ، فمَنْ غلبَتْ حسناتُه سيئاتِه؛ قُبِلَتْ شَهادَتُه إذا كانَ يجتَنِبُ الكبائرَ، وإنْ كانَ على العكسِ فَلا.

قالَ في «أدب القاضي»: «وإذا تركَ الرَّجُلُ الصلاةَ في الجماعةِ استخفافًا أوْ مَجانةً؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهادَتُه»[2].

---

(١) وقع بالأصل: «حازم»، والمثبت من: «م»، و«تح»، و«ض».

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣٦/٣].

....

غاية البيان

قالَ أبو بكرٍ الرَّازيُّ: «لَمْ يُرِدْ بالاستخفافِ: الاستهزاءَ؛ لأنَّ الاستِهزاءَ بشيءٍ مِن الشَّرائعِ كُفْرٌ، وإنَّما أرادَ [٥/٣٧٥و/م] بِه: التوانيَ والتكاسُلَ؛ لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبيِّ ﷺ أنَّه قالَ: «مَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي؛ فَلَيْسَ مِنِّي»[١]، وإنْ تركَها علىٰ تأويلٍ وكانَ عدْلًا فيما سوىٰ ذلِكَ؛ قُبِلَتْ شَهادتُه؛ لأنَّه ليسَ بذَنْبٍ، فلا يُوجِبُ رَدَّ الشَّهادَةِ.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» ـ في مسائل الجرح والتعديل ـ: «تفويتُ الجماعةِ كما يفعلُه العوَامُّ، وكذا ترْكُ الجُمُعَةِ مِن غيرِ عُذْرٍ؛ يُسْقِطُ العَدَالَةَ. ذكرَه الخَصَّافُ في موضعَيْنِ، فذكَرَ في أحدِهِما: التركَ ثلاثًا، وهوَ الَّذي اختارَه شمسُ الأئمَّة السَّرَخْسِيُّ.

ولَمْ يذْكُرْ في الموضعِ الثَّاني: تكرارَ التَّركِ، قالَ: مَن تركَ الجُمُعَةَ رغبةً عنها علىٰ غيرِ تأويلٍ؛ فشهادتُه غيرُ جائزةٍ، وهوَ الَّذي اختارَه شمسُ الأئمَّة الحَلْوَانيُّ، فإنَّه قالَ: المرَّةُ الواحدةُ تكْفِي لسقوطِ العَدَالَةِ، كتبْتُه في باب شَهَادَة الظِّنِينِ، فأمَّا إذا تركَها لمرَضٍ، أوْ لبُعْدِ المِصْرِ، أوْ بتأوُّلٍ ـ بأنْ كانَ الإمامُ يَفْسُقُ ـ؛ لا يسْقطُ عدالتُه». إلىٰ هنا لفْظُ «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

قولُه: (أَلَمَّ بِمَعْصِيَةٍ)، يقالُ: أَلَمَّ، أي: أتىٰ اللَّمَمَ، وهوَ دونَ الكبيرةِ مِن الذُّنوبِ. كذا في «تهذيب الديوان»[٢].

ومنهُ: ما ذكَرَ القُتَبِيُّ في «غريب الحديث»[٣]: في حديثِ عبدِ اللهِ بنِ عُمَرَ بنِ الخَطَّابِ ﷺ قالَ: حدَّثني عبدُ الرَّحمنِ عَن عَمِّه عَن يعقوبَ بنِ مُسلمٍ عَن ابنِ أبي طَرَفَةَ الهُذَلِيِّ، أنَّه قالَ: مَرَّ أبو خِرَاشٍ يسْعَىٰ بَينَ الصَّفَا والمرْوةِ وهوَ يَقولُ [٢/٢٦٤ظ]:

(١) مضىٰ تخريجه.
(٢) ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارابي [٣/١٦٥، ١٦٦].
(٣) ينظر: «غريب الحديث» لابن قتيبة [٢/٣٠٣].

قَالَ: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ؛ لِأَنَّهُ لَا يُخِلُّ بِالْعَدَالَةِ إِلَّا إِذَا تَرَكَهُ اسْتِخْفَافًا بِالدِّينِ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ [٥٢/ط] بِهَذَا الصَّنِيعِ عَدْلًا.

﴿ غاية البيان ﴾

لاهُمَّ هَذَا خَامِسٌ[1] إنْ تَمَّا ❁ أَتَمَّهُ اللهُ وَقَدْ أَتَمَّا

إنْ تَغْفِرِ اللهُمَّ فَاغفِرْ جَمَّا ❁ وأَيُّ عَبْدٍ لَكَ مَا أَلَمَّا[2]

وكذلِكَ نَسَبَ البيتَ في «تهذيب الديوان» إلى أبي خِرَاشٍ، ولكنْ قالَ أبو سُليمانَ الخَطَّابيُّ في «شرْح الصحيح البُخَارِيِّ» في كتابِ «الصوم»: إنَّه قولُ أُمَيَّةَ[3].

قولُه: (قَالَ: وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[4].

قالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرْح أدب القاضي»: «ولا نَصَّ عَن أصحابِنا في الأَقْلَفِ».

ثمَّ قالَ: وذكرَ صاحبُ الكتابِ ـ يعْنِي: الخَصَّافَ ـ: «أنَّه تجوزُ شَهَادَتُه، وتجوزُ صلاتُه، وإمامتُه، وتُؤكَلُ ذَبِيحتُه، إلَّا إذا تركَ ذلكَ[5] على وجْهِ الرَّغبةِ عنِ السُّنَّةِ».

وقالَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «وتجوزُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ إذا كانَ عدلًا؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ: «الخِتَانُ لِلرِّجَالِ سُنَّةٌ، وَلِلنِّسَاءِ مَكْرُمَةٌ»[6]، فَفَوْتُه

---

(١) أي: الطواف. كذا جاء في حاشية: «نح»، و«م»، و«ض».

(٢) هذان البيتان: يُنْسَبان أيضًا إلى أُمَيَّة بن أبي الصَّلت كما في: «شرْح المعلَّقات السبع» للزوزني [ص/ ١٤٥]. و«خزانة الأدب» لعبد القادر البغدادي [٤/ ٤].
ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن اللَّمَمَ يأتي في كلام العرب بما هو دون الكبيرة مِن الذنوب.

(٣) ينظر: «أعلام الحديث/ شرح صحيح البخاري» للخَطَّابيّ [٢/ ٩٧٧].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].

(٥) المراد: ترك الختان.

(٦) مضى تخريجه.

قَالَ: وَالخَصِيّ؛ لِأَنَّ عُمَرَ - رضي الله عنه - قَبِلَ شَهَادَةَ عَلْقَمَةَ الْخَصِيِّ، وَلِأَنَّهُ قُطِعَ عُضْوٌ مِنْهُ ظُلْمًا فَصَارَ كَمَا إذَا قُطِعَتْ يَدُهُ.

غاية البيان

[٥/٣٧٥ظ/م] لا يَمْنَعُ قبولَ الشَّهَادَةِ، ولأنَّ الكبيرَ قدْ يَخاف التلفَ على نَفْسِه مِن الختانِ، فيُعْذَرُ في تَرْكِه».

قالَ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ رحمه الله: «فإنْ كانَ لا يخافُ، فترَكَه تهاوُنًا بالسُّنَّةِ، فإنَّه يصيرُ فاسقًا، ولا تُقْبَلُ شَهَادَتُه، وتُؤْكَلُ ذَبِيحتُه إذا لَمْ يتْرُكه رغبةً عن السُّنَّة». إلى هنا لَفْظُ كتابِ النَّاصِحِيِّ.

ورُوِيَ عن ابنِ عَبَّاسٍ: «أنَّه لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الأَقْلَفِ، ولا تُقْبَلُ صلاتُه، ولا تُؤْكَلُ ذَبيحتُه»[1].

قالَ الشَّيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «وإنَّما أرادَ بِه المَجُوسَ، والأَقْلَف الذي لَمْ يُخْتَنْ».

قولُه: (قَالَ: وَالخَصِيّ)، قالَ الخَصَّافُ: «وتُقْبَلُ شَهَادَةُ الخَصِيِّ إذا كانَ عدلًا، كما تُقْبَلُ شَهَادَةُ رَجُلٍ واحدٍ على الزِّنَا والقِصَاصِ وغيرِ ذلِكَ»[2].

رُوِيَ أنَّ عُمَرَ رضي الله عنه: «أجازَ شهادةَ عَلْقَمَةَ الخَصِيِّ على قُدَامَةَ بنِ مَظْعُونٍ»[3]، رواه الخَصَّافُ بإسنادِه إلى الزُّهْرِيِّ عن عبدِ اللهِ بنِ عَامِرِ بن رَبِيعَةَ عَن عُمَرَ رضي الله عنه[4]،

---

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٣٣٣٤]، عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ رضي الله عنه به.
قال ابنُ حجر: «أخرجه ابن أبي شيبة بإسناد صحيح». ينظر: «الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٧٣].

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/٤٢١].

(٣) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٣٢١٩]، ابن حزم في «المحلى» [١١/١٤٨]، وابن شبة في «تاريخ المدينة» [٣/٨٤٤]، مِن طرق عن عُمَر رضي الله عنه به.

(٤) هذا الأثر: لَمْ يذْكره أبو بكر الرازيُّ في شَرْحه على «أدب القاضي»، لا مُسْندًا ولا معلَّقًا! وعلَّه=

قَالَ: وَوَلَدِ الزِّنَا؛ لِأَنَّ فِسْقَ الْأَبَوَيْنِ لَا يُوجِبُ فِسْقَ الْوَلَدِ كَكُفْرِهِمَا[١].

وَقَالَ مَالِكٌ: لَا تُقْبَلُ فِي الزِّنَا لِأَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ كَمِثْلِهِ فَيُتَّهَمُ. قُلْنَا: الْعَدْلُ لَا يَخْتَارُ ذَلِكَ وَلَا يَسْتَحِبُّهُ، وَالْكَلَامُ فِي الْعَدْلِ.

غاية البيان

ولأنَّ قبولَ الشَّهَادَةِ يعتَمِدُ العَدَالَةَ، والخِصَيِ لا يقْدَحُ في العَدَالَةِ؛ لأنَّه ليسَ إلَّا قَطْعُ العضْوِ منهُ، وقَطْعُ سائرِ الأعْضاءِ لا يُوجِبُ سُقوطَ العَدَالَةِ، فكذا هذا.

قولُه: (قَالَ: وَوَلَدِ الزِّنَا)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[٢].

قالَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»: «شَهَادَةُ ولدِ الزِّنَا على الحَدِّ وغيرِه جائزٌ إذا كانَ عدْلًا»[٣]، وذلِكَ لقولِه تَعالى: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطَّلاق: ٢]. وولدُ الزِّنَا عَدْلٌ، فتُقْبَلُ شَهادَتُه، ولأنَّ فِسْقَ أبوَيْه ليسَ بأكثرَ مِن كُفْرِهما، وكُفْرُهُما لا يَمْنَعُ قبولَ شَهادَتِه إذا كانَ عدْلًا، فَفِسْقُهما أوْلَى، على أنَّا نقولُ: قالَ تَعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾ [الأنعام: ١٦٤].

وهوَ لا يُعْتَبرُ زانِيًا بزِنا أبوَيْه، ولا يُؤَاخَذُ بفِعْلِهما، فلا يكونُ فِعْلُهما مانعًا لشهادتِه.

ورأيتُ في كتابِ «التَّفريع» لأصْحابِ مالكٍ رحمه الله قالَ: «ولا بأسَ بشَهادَةِ ولدِ الزِّنَا، إلَّا في الزِّنَا وما أشْبَهَهُ مِن الحُدُودِ، فإنَّها لا تجوزُ فيهِ»[٤]. هذا لَفْظُ

= الصدرُ الشهيد في شرْحه عن عُمَر رضي الله عنه به. والأثر ثابتٌ في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٣٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٤٢٠ - ٤٢١]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيّ [ق/ ١٩٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(١) زاد بعده في (ط): «وهو مسلم».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].

(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٤/٤٢٥].

(٤) ينظر: «التفريع» لابن الجَلَّاب [٢/٢٤٠].

قَالَ: وَشَهَادَةُ الخُنثَىٰ جَائِزَةٌ؛ لِأَنَّهُ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ وَشَهَادَةُ الْجِنْسَيْنِ مَقْبُولَةٌ بِالنَّصِّ.

قَالَ: وَشَهَادَةُ العُمَّالِ جَائِزَةٌ، وَالْمُرَادُ عُمَّالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ الْمَشَايِخِ، لِأَنَّ نَفْسَ الْعَمَلِ لَيْسَ بِفِسْقٍ إِلَّا إِذَا كَانُوا أَعْوَانًا عَلَىٰ الظُّلْمِ.

غاية البيان

كتابِ «التفريع».

ووجْهُ ذلكَ: أنّه يُرِيدُ أنْ يكونَ جميعُ الناسِ مِثْلَه، وهذا ضعيفٌ؛ لأنَّ كلامَنا فيما إِذا كانَ ولدُ الزِّنا عدلًا، والعدلُ لا يرضَىٰ بذلِكَ.

قولُه: (قَالَ: وَشَهَادَةُ الخُنثَىٰ جَائِزَةٌ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

اعلَمْ: أنَّ شَهَادَةَ الخُنثَىٰ ـ وهوَ الَّذي لَه آلةُ الرَّجُلِ وآلةُ المرأةِ ـ جائزةٌ إذا كانَ حُرًّا عدلًا؛ لأنَّه لا يخلو في الواقعِ: إمَّا أن يكونَ رَجُلًا أو امرأةً، وتجوزُ شَهَادَةُ الصنفَيْنِ جميعًا؛ لقوله [٥/٣٧٦و/م] تعالىٰ: ﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

ولكنْ يَنبَغِي أنْ يكونَ معَهُ رَجُلٌ وامرأةٌ[2]؛ لأنَّ مبنَىٰ أمْرِه علىٰ الاحْتياطِ، وينبَغِي ألَّا تُقْبَلَ شَهَادَتُه في الحُدُودِ والقِصَاصِ كالنِّساءِ؛ لأنه يُحتملُ أن يكونَ امرأةً، وفي شهادتِهنَّ شُبهَةُ البَدَلِيَّة، والحُدُودُ تُدْرَأُ بالشُّبهاتِ.

قولُه: (قَالَ: وَشَهَادَةُ [٢/٢٦٥و] العُمَّالِ جَائِزَةٌ)، وهذه مِن خواصِّ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﵀: أنّه [كانَ][3] يُجِيزُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٠].

(٢) في «م»، و«غ»، و«تح»: «رجل أو امرأة».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَقِيلَ الْعَامِلُ إِذَا كَانَ وَجِيهًا فِي النَّاسِ ذَا مُرُوءَةٍ لَا يُجَازِفُ فِي كَلَامِهِ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ كَمَا مَرَّ عَنْ أَبِي يُوسُفَ - رضي الله عنه - فِي الْفَاسِقِ، لِأَنَّهُ لِوَجَاهَتِهِ لَا يَقْدُمُ عَلَى الْكَذِبِ حِفْظًا لِلْمُرُوءَةِ وَلِمَهَابَتِهِ لَا يُسْتَأْجَرُ عَلَى الشَّهَادَةِ الْكَاذِبَةِ.

شَهَادَةَ الْعُمَّالِ»[1].

قالَ فخرُ الإسْلامِ: «معْناهُ: العُمَّالُ الَّذينَ كانوا أعوانَ السُّلطانِ في ذلك العصرِ؛ لأنَّ الصلاحَ كانَ غالبًا عليهِم، فأمَّا هؤلاءِ الَّذينَ في زمانِنا؛ فلا تُقْبَلُ شهادتُهم؛ لأنَّ الظلمَ غالبٌ فيهِم»[2].

وهذا معْنى قولِ صاحبِ «الهداية»: (وَالمُرَادُ: عُمَّالُ السُّلْطَانِ عِنْدَ عَامَّةِ المَشَايِخِ).

وقالَ بعضُهم: أرادَ بِه: إذا كانَ العاملُ وجيهًا ذا مُرُوَّةٍ، غيرَ مجازفٍ في كلامِه؛ تُقْبَلُ شَهَادَتُه، وإلَّا فَلا، وهذا كما مَرَّ عن أبي يوسُفَ في أوائلِ كتابِ «الشهادات»: أنَّ الفاسقَ إذا كانَ وجِيهًا في الناسِ ذا مُرُوَّةٍ تُقْبَلُ شَهَادَتُه.

وقالَ الفقيهُ أَبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»: «إنْ كانَ العاملُ مِثْلَ عُمَرَ بنِ عبدِ العزيزِ أوْ نحوه؛ تجوزُ شَهَادَتُه، فإنْ كانَ مِثْلَ يزيدَ بنِ معاويةَ أوْ نحوه؛ لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه، وإنَّما جازَتْ شَهَادَةُ العُمَّالِ لأنَّ العاملَ إذا كانَ صالحًا يكونُ أعظمَ أجرًا؛ لأنَّه رُوِيَ في خبَرٍ عَن أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه عَنْ رَسُولِ اللهِ ﷺ قال: «سَبْعَةٌ يُظِلُّهُمُ اللهُ فِي ظِلِّهِ، يَوْمَ لَا ظِلَّ إِلَّا ظِلُّهُ»[3]، وعَدَّ السبعةَ، وذكرَ فيهم الإمامَ العادلَ».

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٠].

(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير للبزدوي [ق/ ٢٣٩] مخطوط مكتبة جار الله رقم [٦٦٢].

(٣) هذا جزء من حديث أخرجه: البخاري في كتاب الجماعة والإمامة/ باب من جلس في المسجد ينتظر الصلاة وفضل المساجد [رقم/ ٦٢٩]، ومسلم في كتاب الزكاة/ باب فضل إخفاء الصدقة [رقم/ ١٠٣١]، وغيرهما من حديث: أبي هُرَيْرَةَ رضي الله عنه.

قال: وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ فُلَانٍ، وَالوَصِيُّ يَدَّعِي: فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا، وَإِنْ أَنْكَرَ الْوَصِيُّ لم يقبل. وَفِي الْقِيَاسِ: لَا يَجُوزُ إِنِ ادَّعَىٰ، وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا شَهِدَ الْمُوصِي لَهُمَا بِذَلِكَ أَوْ غَرِيمَانِ لَهُمَا عَلَى الْمَيِّتِ دَيْنٌ أَوْ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ أَوْ شَهِدَ الْوَصِيَّانِ أَنَّهُ أَوْصَىٰ إِلَىٰ هَذَا الرَّجُلِ مَعَهُمَا.

غاية البيان

وذكرَ في «الواقعات» في باب «الشهادات» بعلامةِ السِّين[1]: «عُمَّالُ السُّلطانِ الَّذينَ ـ يأْخذونَ العُشْرَ والصَّدقاتِ وغيرَها ـ جازَتْ شهادتُهم إذا كانوا أُمناءَ؛ لأنَّهم إنَّما حُمِلُوا على ذلكَ لأمانتِهم، فالظاهرُ أنْ يحترِزوا عنِ الكذِبِ».

قولُه: (وَإِذَا شَهِدَ الرَّجُلَانِ أَنَّ أَبَاهُمَا أَوْصَىٰ إِلَىٰ فُلَانٍ، وَالوَصِيُّ يَدَّعِي؛ فَهُوَ جَائِزٌ اسْتِحْسَانًا)، وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير»[2].

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ [٥/٢٧٦ظ/م] عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: في شاهدَيْنِ شَهِدَا لرَجُلٍ أنَّ أباهُما أوصىٰ إليهِ. قالَ: جائزٌ إنِ ادَّعَىٰ ذلكَ، وإنْ أنكرَ؛ لَمْ تَجُزْ شهادتُهما، وإنْ شَهِدَا أنَّ أباهُما وكَّلَه بقَبْضِ ديُونِه بالكوفةِ؛ كانَ باطلًا في ذلكَ كلِّه»[3]. إلىٰ هنا لفْظُ محمّدٍ في «أصل الجامع الصغير». هذا جوابُ الاستِحْسانِ، والقياسُ: ألَّا تُقْبَلَ في الإيصاءِ أيضًا. ذكرَ القياسَ والاستحسانَ في «كتاب الوَكَالَة».

وهذه المسألةُ على خمسةِ وُجوهٍ:

أحدُها: أنْ يدَّعِيَ رَجُلٌ أنَّه وَصِيُّ فلانٍ الميتِ، ويَشْهدُ بذلِكَ وارِثانِ.

(١) يعْني بـ: «علامة السين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «فتاوىٰ أهل سمرقند». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [١٢٢٨/٢].

(٢) ذكرَ محمد هذه المسألة في «الجامع الصغير» في كتاب القضاء. كذا جاء في حاشية: «م».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٠].

وَجْهُ الْقِيَاسِ أَنَّهَا شَهَادَةٌ لِلشَّاهِدِ لِعَوْدِ الْمَنْفَعَةِ إِلَيْهِ. وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ أَنَّ لِلْقَاضِي وِلَايَةَ نَصْبِ الْوَصِيِّ إِذَا كَانَ طَالِبًا وَالْمَوْتُ مَعْرُوفٌ، فَيَكْفِي الْقَاضِي بِهَذِهِ الشَّهَادَةِ مُؤْنَةَ التَّعْيِينِ لَا أَنْ يَثْبُتَ بِهَا شَيْءٌ؛ فَصَارَ كَالْقُرْعَةِ وَالْوَصِيَّانِ إِذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا يَمْلِكُ الْقَاضِي نَصْبَ ثَالِثٍ مَعَهُمَا لِعَجْزِهِمَا عَنْ التَّصَرُّفِ بِاعْتِرَافِهِمَا، بِخِلَافِ مَا إِذَا أَنْكَرَا وَلَمْ يَعْرِفْ الْمَوْتَ لِأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ وِلَايَةُ نَصْبِ الْوَصِيِّ فَتَكُونُ الشَّهَادَةُ هِيَ الْمُوجِبَةُ، وَفِي الْغَرِيمَيْنِ لِلْمَيِّتِ عَلَيْهِمَا دَيْنٌ تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَوْتُ مَعْرُوفًا لِأَنَّهُمَا يُقِرَّانِ عَلَى أَنْفُسِهِمَا فَيَثْبُتُ الْمَوْتُ بِاعْتِرَافِهِمَا فِي حَقِّهِمَا.

غاية البيان

والثاني: أنْ يشْهَدَ الغريمانِ للميِّتِ عليهما دَيْنٌ.

والثَّالثُ: أنْ يَشْهدَ الغريمانِ لهما على الميتِ دَيْنٌ.

والرَّابعُ: أنْ يَشْهدَ المُوصِي[1] لهما.

والخامسُ: أنْ يَشْهدَ المُوصَى إليهما[2].

فالجوابُ في جميعِ الفُصولِ: أنَّ الشَّهادَةَ جائزةٌ استحسانًا، غيرُ جائزةٍ قياسًا، وهذا إذا كانَ الموتُ ظاهرًا، فإنْ لَمْ يكُنْ ظاهرًا لا تُقبلُ شهادةُ هؤلاءِ إلَّا الغريمَيْنِ للميِّتِ عليهما دَيْنٌ، فإنَّ شهادتَهما تُقبلُ وإنْ لَمْ يكنِ الموتُ معروفًا.

وجه القياسِ: أنَّ لهما في هذِه الشَّهادَةِ منْفَعةً، وكلُّ شهادةٍ جرَّتْ نفْعًا أوْ دفعَتْ غُرْمًا؛ لا تُقْبلُ قياسًا على الوَكالَةِ، كما لوْ شهِدَ الغريمانِ في حالِ الحياةِ أنَّه وَكَّلَ هذا الرَّجُلَ بقضاءِ الدَّيْنِ أوْ باقتضائِه؛ لا تُقبلُ الشَّهادةُ، فكذا هُنا.

ووجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّ القاضيَ يَمْلِكُ نَصْبَ الوَصِيِّ إذا كانَ طالبًا، والموتُ

(١) في «ح»: «الموصَى». وفي «غ»: «الوصِيّ».
(٢) في «غ»، و«م»: «لهما».

(وَإِنْ شَهِدَا أَنَّ أَبَاهُمَا الْغَائِبَ وَكَّلَهُ بِقَبْضِ دُيُونِهِ بِالْكُوفَةِ فَادَّعَى الْوَكِيلُ أَوْ أَنْكَرَهُ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا) لِأَنَّ الْقَاضِيَ لَا يَمْلِكُ نَصْبَ الْوَكِيلِ عَنِ الْغَائِبِ، فَلَوْ ثَبَتَ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِشَهَادَتِهِمَا وَهِيَ غَيْرُ مُوجِبَةٍ لِمَكَانِ التُّهْمَةِ.

غاية البيان

معروفًا، فَلا يَثْبُتُ للقاضي بِهذه الشَّهَادَةِ ولايةٌ لَمْ تكُن، وإنَّما سقَطَ عنهُ مُؤْنَةُ تعْيينِ الوَصِيِّ، كالقُرْعةِ ليستْ بمُوجبةٍ، ومعَ هذا يَجوزُ استِعْمالُها في تعْيينِ الأنْصِباءِ؛ دفْعًا للتّهمةِ عنِ القاضي، فصلحَتْ دافعةً، لا حُجةً موجبةً، فكذلكَ هذِه الشَّهَادَةُ تدْفَعُ عنِ القاضي مُؤْنَةَ التَّعْيينِ.

بخِلافِ الشَّهَادَةِ على أنَّ أباهما وَكَّلَه بقَبْضِ دَيْنِه؛ حيثُ لا يُقْبَلُ؛ لأنَّه ليسَ للقاضي ولايةُ نَصْبِ الوَكِيلِ [٢/٢٦٥ظ] عنِ الغائبِ، فلوْ ثبَتَتِ الوَكَالَةُ؛ ثبَتَتْ بِهذِه الشَّهَادَةِ، وقَد تمكَّنَتْ فيها التهمةُ[1]، فلا تُقْبَلُ، ولأنَّ القاضيَ لوْ رَدَّ هذِه الشَّهَادَةَ يحتاجُ إلى أنْ يَنْصِبَ للميّتِ وصِيًّا؛ لأنَّ القاضي نُصِبَ ناظرًا للمسلمينَ، فلا يجوزُ أنْ يُعطِّلَ أُمورَ الميّتِ، فإذا كان يحتاجُ إلى نَصْبِ وَصِيٍّ آخرَ عندَ ردِّ هذِه الشَّهَادَةِ [٥/٣٧٧و/م]؛ لَمْ يكُن في الرَّدِّ فائدةٌ.

وبخِلافِ ما إذا لَمْ يكُنِ الموتُ معْروفًا، أوِ الوَصِيُّ لا يدَّعِي ذلكَ؛ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ؛ لأنَّ القاضيَ حينئذٍ لا يَمْلِكُ نَصْبَهُ وصِيًّا بغيرِ رِضاهُ، أوْ برضاهُ، والموتُ ليسَ بمعْروفٍ، فيكونُ ثبوتُ الوِصَايَةِ مُضافًا إلى شهادتِهم، فلا تُقْبَلُ بسَبَبِ التهمةِ، بخِلافِ الغَرِيمَيْنِ عليهِما للميّتِ دَيْنٌ، فإنَّ شهادتَهُما تُقْبَلُ على الموتِ والوَصِيَّةِ إذا ادَّعَى الوَصِيُّ ذلكَ؛ لأنَّ هذا اعترافٌ على أنفُسِهما بحقِّ قَبْضِ الدَّيْنِ، فانتفَتِ التهمةُ.

فإنْ قُلْتَ: ذكرْتَ قبلَ هذا: أنَّ القاضيَ لوْ رَدَّ هذه الشَّهَادَةَ؛ يحتاجُ إلى نَصْبِ

(١) وقع بالأصل: «الشبهة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قال: وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَىٰ جَرْحٍ، وَلَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ لِأَنَّ الْفِسْقَ مِمَّا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ لِأَنَّ لَهُ الدَّفْعَ بِالتَّوْبَةِ فَلَا يَتَحَقَّقُ الْإِلْزَامُ، وَلِأَنَّهُ هَتْكُ السِّرِّ وَالسَّتْرُ وَاجِبٌ وَالْإِشَاعَةُ حَرَامٌ، وَإِنَّمَا يُرَخَّصُ ضَرُورَةَ إِحْيَاءِ الْحُقُوقِ

وَصِيٌّ، فَلا فائدةَ في رَدِّ الشَّهَادَةِ، وهذا مستقيمٌ في الفصول كلِّها، ولكن فيما إذا شَهِدَ المُوصَىٰ إليهما إشكالٌ بأنْ يقالَ: كيفَ يحتاجُ إلى نَصْبِ وَصِيٍّ، وللميّتِ وَصِيّانِ؟!

قُلْتُ: إنَّهما لَمَّا شَهِدَا أنَّ الميّتَ أوْصَىٰ إلىٰ هذا الرَّجُلِ الثَّالثِ؛ فقدْ أقرَّا أنْ لا حقَّ لهما في التصَرُّفِ ما لَمْ يكُن معَهُما ثالثٌ، فلوْ رَدَّ شهادتَهما؛ احتاجَ إلى أنْ يَنْصِبَ وصِيًّا آخرَ حتىٰ يتصَرَّفَ معَهما، فَلا يكونُ لرَدِّ الشَّهَادَةِ عليْهما فائدةٌ. كذا ذَكَرَ الشَّيخُ الفقيهُ أبو اللَّيثِ ﷺ.

وبِهذا عرفْتَ أنَّ ما ذكرَه صاحبُ «الهداية» بقولِه: (وَالوَصِيَّانِ إذَا أَقَرَّا أَنَّ مَعَهُمَا ثَالِثًا)، جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ، فاعرفْه، والبَاقِي يُعْرَفُ في «شُروح الجامع الكبير» في باب الشَّهَادَة في المواريثِ.

يُقالُ: أوصَىٰ إليْهِ، أيْ: جعلَه وصِيًّا، وأوصَىٰ لَه بكذا، أيْ: جعلَه مُوصًىٰ لَه.

قولُه: (وَلَا يَسْمَعُ القَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَىٰ جَرْحٍ، وَلَا يَحْكُمُ بِذَلِكَ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، أرادَ بذلِكَ: الجرْحَ المجرَّدَ، وهو الَّذي لا يدخُلُ تحتَ حُكْمِ القاضي، كما إذا قالَ المُدَّعَىٰ عليْه: إنَّ شهودَ المُدَّعِي فَسَقَةٌ، أوْ قالَ: استأجَرَ الشهودَ، وإنَّما لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ علىٰ جرْحٍ مجرَّدٍ خلافًا لِلشَّافِعِيِّ ﷺ[2]؛ لأنَّ القاضي مَأْمُورٌ بالسترِ علىٰ المسلمينَ، وفي سماعِ البَيِّنَةِ هَتْكُ الحرمةِ، وإشاعةُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/ ٢٨٣]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٣/ ٣٨٨]. و«روضة الطالبين» للنووي [١١/ ١٦٨].

وَذَلِكَ فِيمَا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ وَلَوْ شَهِدُوا[(١)] عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ تُقْبَلُ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ مِمَّا يَدْخُلُ تَحْتَ الْحُكْمِ.

غاية البيان

الفاحشةِ، وذلكَ حرامٌ؛ لقولِه تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [النور: ١٩]، إلَّا إذا تضمَّنَ حقًّا للشَّرْعِ أوْ للعبدِ؛ فحينئذٍ تُقْبلُ، ولأنَّ المَقْصُودَ مِن سماعِ البيِّنةِ: الحُكْمُ بها، والفسْقُ لا يدخلُ تحتَ الحُكْمِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِن الحُكْمِ: التوثُّقُ، وليسَ لِلقاضي التوثُّقُ في إثباتِ الفسْقِ، ولأنَّه [٥/٣٧٧ظ/م] لا فائدةَ في الحُكْمِ؛ لأنَّ المحْكومَ عليْه يُمْكِنُه إبطالُه بالتَّوْبَةِ.

قولُه: (وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِ الْمُدَّعِي بِذَلِكَ [تُقْبَلُ][(٢)]).

وفي بعضِ النُّسَخِ: «إلَّا [إذا][(٣)] شهِدوا»[(٤)]. وهوَ استثْناءٌ مِن قولِه: (وَلَا يَسْمَعُ الْقَاضِي الشَّهَادَةَ عَلَى جَرْحٍ)، يعْني: إذا شَهِدَ شهودُ المُدَّعَى عليْه: أنَّ المُدَّعِي أقرَّ أنَّ شهودَه فَسَقة؛ تُقْبلُ الشَّهادَةُ على الجرحِ؛ لأنَّ معْناهُ: إثباتُ إقْرارِ

(١) في حاشية الأصل: «خ، صح: إلا إذا شهدوا».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) هذا هو المثبت في المطبوع مِن «الهداية» للمَرْغِيناني [١٢٥/٣]، وكذا في نسخة الأَرْزَكانيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٥٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة البابَسْوِي من «الهداية» [ق/ ٢٢٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ (المقروءة على أكمل الدين البابرتيِّ) من «الهداية» [ق/ ١٨٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة القاسِيِّ مِن «الهداية» [ق/ ١٨٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطَمونيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٥٥/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا]. واللفظُ الأول: «وَلَوْ شَهِدُوا». هو المُثْبَت في النسخة التي بخطِّ المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٩٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/ ٥٣/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)]. وأشار إليه الشَّهْرَكَنْديُّ في حاشية نُسْخته.

قَالَ: وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ أي المدعى عليه البَيِّنَةَ أَنَّ [٥٣/و] المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ؛ لَمْ تُقْبَلْ؛ لأنه شهادة على جرح مجرد، ....

غاية البيان

المُدَّعِي بأنَّه لا حقَّ له على المُدَّعَى عليْه، والمرءُ مُؤاخَذٌ بزَعْمِه.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَقَامَ رَجُلٌ)، أي: المُدَّعَى عليْه (البَيِّنَةَ أَنَّ المُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ؛ لَمْ تُقْبَلْ)، أيْ: قالَ في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ أقامَ البَيِّنَةَ: أنَّ هذا استأجَرَ الشهودَ، قالَ: لا أقبَلُ البَيِّنَةَ على استئجارِ الشُّهودِ»[1]. وهذا لفْظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «شرح الجامع [٢/٢٦٦و] الصغير»: «في قولِ ابنِ أبي لَيْلى: يُقْبَلُ؛ لأنَّه أثبتَ أنَّهم فسَقَةٌ، وشَهادةُ الفسَقَةِ لا تُقْبَلُ». ثمَّ قالَ الفقيهُ: «وهذا القولُ أحسنُ».

وذكرَ فخرُ الإسلامِ[2] وغيرُه في «شروح الجامع الصغير»: «ذكرَ الخَصَّافُ في الجرْحِ المجرَّدِ أنَّه مقْبولٌ».

وقالَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» ـ في وَجْهِ قولِ الخَصَّاف ـ: «إنَّ هذِه المعاني تُسْقِطُ العَدالَةَ، فتُقْبَلُ البَيِّنَةُ عليها كالرِّقِّ، وظاهرُ الرِّوايةِ عَن أصحابِنا: أنَّه لا تُقْبَلُ الشَّهادَةُ على الجرْحِ المُجرَّدِ». وهوَ المذْكورُ في «الجامع الصغير»، وفي كتابِ «التَّزْكِيَة» وغيرِ ذلكَ.

ولهذا قالَ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «حكى ابنُ كَاسٍ عَن أصحابِنا ـ وهو المشْهورُ مِن مذهبِنا ـ: أنَّهم إذا شهِدوا بمالٍ على رَجُلٍ، أوْ بالزِّنا،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٠].

(٢) ينظر: «شرح قاضيخان على الجامع الصغير» [ق/ ١٩٥].

. . . .

فادَّعَىٰ المشهودُ عليْه أنَّهم جميعًا أكَلَةُ الرِّبا، أوْ شُرَّابُ خَمْرٍ، أوْ مُسْتَأجَرونَ علىٰ هذه الشهادةِ، وجاءَ علىٰ ذلكَ بِبيِّنَةٍ؛ فإنّي لا أقبَلُ ذلِكَ منهُ.

وكذلِكَ لوْ أقامَ البيِّنَةَ أنَّه رَجَعَ عنِ الشَّهادَةِ، أوْ شَهِدَ علىٰ إقرارِ الشَّاهِدِ بأنَّه لا شَهادَةَ عندَه، أوْ هوَ مُسْتَأجَرٌ علىٰ هذِه الشَّهادَةِ؛ فإنَّها لا تُقْبَلُ، وإنَّما تُقبَلُ إذا أقامَ المشهودُ عليْه البيِّنَةَ أنَّ الشَّاهِدَ عبْدٌ، أوْ مَحْدُودٌ في قَذْفٍ، أوْ كانتِ الشَّهادةُ بمالٍ، فيُقِيمُ البيِّنَةَ أنّه شريكُه، فإنَّها تُقْبَلُ.

وجْهُ الظّاهرِ: أنَّ البيِّنَةَ إنَّما جُعِلَتْ حُجةً لإثباتِ ما يدخلُ تَحتَ الحُكْمِ، وفي وُسْعِ القاضي إلْزَامُ ذلكَ، والجرْحُ المُجَرَّدُ لا يدخلُ تَحتَ الحُكْمِ؛ لأنَّ الجرْحَ حرامٌ لِمَا مَرَّ، إلَّا [٣٧٨/٥و/م] أنْ يَتَضَمَّنَ حقًّا للشَّرْعِ لا بُدَّ منهُ، أوْ حقًّا للعبدِ، ولَمْ يُوجَدْ ذلكَ، فَلا تُسْمَعُ، وليسَ في وُسْعِ القاضي إلْزَامُ ذلكَ؛ لقُدْرةِ المُدَّعَىٰ عليهِ علىٰ دَفْعِ ذلِكَ بِالتَّوْبَةِ وإنِ اتصلَ بِهِ حُكْمٌ صحيحٌ، ولأنَّ مَقْصُودَ المُدَّعِي مِن إقامةِ البيِّنَةِ إبطالُ شَهادَةِ شهودِ المُدَّعِي ونَفْيها، والبيناتُ شُرِعَتْ للإثباتِ لا للنَّفي، فلا تُقْبَلُ، ولأنَّ هذه شَهادَةٌ وقعَتْ علىٰ شيءٍ لا يُمْكِنُ إثباتُه؛ لأنَّهم شهِدوا أنَّهم فسَقةٌ، أوْ أكَلَةُ الرِّبَا ونحوُ ذلِكَ، فَلا يُمْكِنُ إثباتُ ذلِكَ؛ لأنَّ الإنسانَ قَد تتغيَّرُ أحوالُه، فيصيرُ عدْلًا بعدَ أنْ كانَ فاسِقًا.

أمَّا إذا تعَلَّقَ بِالجرْحِ حُكْمٌ بأنْ قالَ: هُم زُناةٌ، أوْ قالَ: صالحْتُ الشّهودَ بِكذا مِن المالِ، وسلَّمْتُ إليهِم حتَّىٰ لا يشهَدوا علَيَّ باطلًا، وقَد شهدوا، فأقامَ علىٰ ذلكَ بيِّنَةً قُبِلَتْ؛ لأنَّه ادَّعَىٰ حقًّا لنفسِه، بخِلافِ ما إذا قالَ: لَمْ أدفَعْ إليهِم مالَ الصُّلْحِ؛ حيثُ لا تُقْبَلُ بيِّنَتُه.

أمَّا الرُّجُوعُ عَن الشَّهادَةِ: فلأنَّ الرُّجُوعَ لا يصحُّ إلَّا عندَ القاضي، وذلكَ لأنَّ

وَالِاسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا عَلَيْهِ؛ فَلَا خَصْمَ فِي إِثْبَاتِهِ[١]، حَتَّىٰ لَوْ أَقَامَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُدَّعِيَ اسْتَأْجَرَ الشُّهُودَ بِعَشَرَةِ دَرَاهِمَ لِيُؤَدُّوا الشَّهَادَةَ وَأَعْطَاهُمُ الْعَشَرَةَ مِنْ مَالِي الَّذِي كَانَ فِي يَدِهِ تُقْبَلُ لِأَنَّهُ خَصْمٌ فِي ذَلِكَ ثُمَّ يَثْبُتُ الْجَرْحُ بِنَاءً عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا أَقَامَهَا عَلَىٰ أَنِّي صَالَحْت الشُّهُودَ عَلَىٰ كَذَا مِنَ الْمَالِ. وَدَفَعْتُهُ إِلَيْهِمْ عَلَىٰ أَنْ لَا يَشْهَدُوا عَلَيَّ بِهَذَا الْبَاطِلِ وَقَدْ شَهِدُوا وَطَالَبَهُمْ بِرَدِّ ذَلِكَ الْمَالِ، وَلِهَذَا قُلْنَا إِنَّهُ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الشَّاهِدَ عَبْدٌ أَوْ مَحْدُودٌ فِي قَذْفٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ أَوْ قَاذِفٌ أَوْ شَرِيكُ الْمُدَّعِي تُقْبَلُ.

غاية البيان

الشَّهَادَةَ لا تُسْمَعُ إلَّا عندَ القاضي، فكذلكَ الرُّجُوعُ عنْها، وقولُ الشَّاهِدِ: لا شَهَادَةَ عندي لشَكٍّ، أوْ ظَنٍّ، فلا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عليْهِ.

وأمَّا في الرِّقِّ، وحَدِّ القَذْفِ، والشَّرِكَةِ في المالِ: فالمشهودُ عليه يُبيِّنُ بيِّنَته: أنْ لا شَهَادَةَ له، فتُقْبَلُ عليْه البَيِّنَةُ، ولأنَّ هذِه المعاني محكومٌ بِها، والرِّقُّ والشَّرِكَةُ في المالِ محكومٌ بِه، وشَهَادَةُ القاذفِ مرْدودةٌ معَ التَّوْبَةِ، وليسَ فيهِ هَتْكُ سِتْرٍ، فيُحْكَمُ بِه، وإذا كانتْ محكومًا بها جازَ قبولُ الشَّهَادَةِ عليْها.

وقالَ فخرُ الإسلامِ وغيرُه ـ في بيانِ قولِ الخَصَّافِ ـ: «معْناهُ: إذا كانَ الَّذي يشْهدُ بذلِكَ يَصْلُحُ مُزَكِّيًا، فيُجْعَلُ كشاهدٍ زَكَّاهُ نفَرٌ، وجرَحَه نفَرٌ، أوْ يُحْمَلُ علىٰ أنَّهم شهِدوا بإقرارِ المُدَّعِي بذلِكَ، وذلِكَ مقْبولٌ»[٢].

قولُه: (وَالِاسْتِئْجَارُ وَإِنْ كَانَ أَمْرًا زَائِدًا عَلَيْهِ؛ فَلَا خَصْمَ فِي إِثْبَاتِهِ)، **هذا جوابُ سُؤَالٍ [مُقَدَّرٍ]**[٣] **بأنْ يُقالَ:** لَا نُسَلِّمُ أنَّ الشَّهَادَةَ علىٰ الاستئْجارِ جرْحٌ مجرَّدٌ، بلْ فيهِ أمرٌ زائدٌ، وهوَ إثباتُ حقِّ المُدَّعِي، فينبَغي أنْ يَثْبُتَ [٢/٢٦٦ظ] الجرْحُ

(١) زاد بعده في (ط): «لأن المدعىٰ عليه في ذلك أجنبي عنه».
(٢) ينظر: «شرح قاضيخان علىٰ الجامع الصغير» [ق/ ١٩٥].
(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قال: وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّىٰ قَالَ: أَوهَمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا

في ضِمْنِه.

فأجابَ عنهُ وقالَ: وإنْ كانَ هوَ أمرًا زائدًا علىٰ نفْسِ الجرْحِ، لكِن المُدَّعَىٰ عليْه أجنبيٌّ ليسَ بنائبٍ عنِ المُدَّعِي في إثباتِ حقِّه، فلَمْ يُلتَفَتْ إلىٰ ذلِكَ؛ لعدَمِ الخصْمِ في الإثباتِ، فبَقِيَ جرْحًا مجرَّدًا، حتّىٰ لوْ قالَ: استأجَرَهم مِن مالِ الَّذي في يدِه؛ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه [٥/٣٧٨ظ/م]؛ لقيامِه خصْمًا.

ونَقَلَ في «الأجناس» عنِ «الكَيْسانيَّات»: «لوْ شَهِدَ شهودُ المُدَّعَىٰ عليْه علَىٰ شهودِ المُدَّعِي بسرقةٍ، أوْ بشُرْبِ خَمْرٍ، أوْ زِنًا لَمْ يتقادَمْ؛ تُقْبَلُ شهادتُهم، ويجبُ الحَدُّ عليهِم، وبطلَتْ شهادتُهم إذا وجَبَ عليهِم الحَدُّ.

وقالَ في حدود «الأصل»: إذا ادَّعَىٰ المشهودُ عليهِ أنَّ شاهدَ المُدَّعِي آكِلُ الرِّبَا، أوْ شارِبُ خَمْرٍ، أوْ زِنًا، أوْ سرقة، أو أنَّه استُؤْجِرَ علىٰ هذِه الشَّهادَةِ، فأقامَ البَيِّنَةَ عليْه؛ فإنَّه لا تُقْبَلُ بَيِّنَتُه»[١].

ثمَّ قالَ صاحبُ «الأجناس»: «ليسَ هذا باختِلافِ الرِّوايةِ، وإنَّما هوَ علىٰ اختِلافِ مَوْضوعِهما:

ما ذكرَه في الحُدُودِ يُقْصَدُ بِه: جرْحُ شاهدِ المُدَّعِي علىٰ شُرْبِ خَمْرٍ، أو زِنًا، أوْ سرقةٍ قَدْ تقادَمَتْ.

وما ذكرَه في «الكَيْسانيّات» يُقْصَدُ بِه: إثباتُ الحَدِّ دونَ جرْحِ الشَّاهِد، ألَا تَرىٰ أنَّه قالَ: «إذا وجَبَ الحدُّ بطلَتْ شهادتُهم»، ولَمْ يكُنِ المشْهودُ بِه مُتَقادِمًا».

قولُه: (وَمَنْ شَهِدَ وَلَمْ يَبْرَحْ حَتَّىٰ قَالَ: أَوهَمْتُ بَعْضَ شَهَادَتِي، فَإِنْ كَانَ عَدْلًا

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٧/١٧٠/طعة: وزارة الأوقاف القطرية].

جَازَتْ شَهَادَتُهُ وَمَعْنَى قَوْلِهِ أُوهِمْتُ أَيْ أَخْطَأْت بِنِسْيَانِ مَا كَانَ يَحِقُّ عَلَيَّ ذِكْرُهُ أَوْ بِزِيَادَةٍ كَانَتْ بَاطِلَةً. وَوَجْهُهُ أَنَّ الشَّاهِدَ قَدْ يُبْتَلَى بِمِثْلِهِ لِمَهَابَةِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَكَانَ الْعُذْرُ وَاضِحًا فَتُقْبَلُ إذَا تَدَارَكَهُ فِي أَوَانِهِ وَهُوَ عَدْلٌ، بِخِلَافِ مَا إذَا قَامَ عَنْ الْمَجْلِسِ ثُمَّ عَادَ وَقَالَ أُوهِمْتُ، لِأَنَّهُ يُوهِمُ الزِّيَادَةَ مِنْ الْمُدَّعِي بِتَلْبِيسِ وَخِيَانَةٍ فَوَجَبَ الِاحْتِيَاطُ، وَلِأَنَّ الْمَجْلِسَ إذَا اتَّحَدَ لَحِقَ الْمُلْحَقُ بِأَصْلِ الشَّهَادَةِ فَصَارَ كَكَلَامٍ وَاحِدٍ، وَلَا [٥٣/ط] كَذَلِكَ إذَا اخْتَلَفَ.

غاية البيان

جَازَتْ شَهَادَتُهُ). وهذه مِن خواصِّ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يشْهدُ فلا يبْرَحُ حتَّى يقولَ: أَوْهَمْتُ بعضَ شهادتي. قالَ: إنْ كانَ عدلًا ؛ أجازَ شَهَادَتَه، وإنْ سألَ فقيلَ: عدْلٌ ؛ أجازَ شَهَادَته»(١).

قالَ فخرُ الإسلام: «معْنى قوله: «أَوْهَمْتُ»: أخطأتُ بنسيانٍ ما كانَ يحِقُّ ذِكْرُه، ويحتملُ: أَوْهَمْتُ بزيادةٍ ما كانَ باطلًا»(٢).

وقالَ فخرُ الدين قاضي خان: «صورتُه: إذا شَهِدَ بعشرةٍ، ثمَّ قالَ: أَوْهَمْتُ في درهميْنِ».

اعلَم: أنَّ كلامَ الشَّاهِدِ يُقْبَلُ في قولِه: «أَوْهَمْتُ» إذا كانَ عدْلًا، إذا لَمْ يَبْرَحْ مجلسَ القاضي ؛ لأنَّ مَهابةَ مجلسِ القاضي تُوقِعُ عليه الغلطَ بالزِّيادةِ أو النُّقْصانِ، فإذا تدارَكَ الغلَطَ قبْلَ البَرَاحِ - وهو عدْلٌ - ؛ قُبِلَ ذلكَ منهُ، فكانَ ذلكَ مُلْحقًا بأصْلِ شَهَادَتِه، بخِلافِ ما إذا لَمْ تظهرْ عدالتُه، أوْ كانَ عدلًا لكنَّه بَرِحَ مكانَه ؛ حيثُ لا تُقْبلُ شَهَادَتُه ؛ لأنَّه يُوهِمُ التلبِيسَ بزيادةٍ مِن المُدَّعِي، أوْ بِنُقْصَانٍ مِن المُدَّعَى عليْه،

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٠].
(٢) ينظر: «شرح قاضيخان على الجامع الصغير» [ق/ ١٩٥].

وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ وَهَذَا إِذَا كَانَ مَوْضِعَ شُبْهَةٍ، فَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ فَلَا بَأْسَ بِإِعَادَةِ الْكَلَامِ أَصْلًا مِثْلُ أَنْ يَدَعَ لَفْظَةَ الشَّهَادَةِ وَمَا يَجْرِي مَجْرَىٰ ذَلِكَ وَإِنْ قَامَ عَنِ الْمَجْلِسِ بَعْدَ أَنْ يَكُونَ عَدْلًا.

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: أنه يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ المَجْلِسِ إذَا كَانَ عَدْلًا، وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْنَاهُ، والله أعلم.

غاية البيان

قالوا: هذا إذا كانَ الموضعُ موضعَ الشُّبْهَةِ ـ يعْني: شُبْهَة التلْبِيسِ ـ أمَّا إذا لَمْ يكُن؛ فَلا بأسَ بإعادةِ الكَلامِ إذا كانَ عدْلًا، سواءٌ اتَّحَدَ المجلسُ، أوِ اختلَفَ، كما إذا ترَكَ لفظةَ الشَّهَادَةِ، أوْ مِثْلها، نحوَ أنْ يَتْرُكَ ذِكْرَ اسمِ المُدَّعِي، أو المُدَّعَىٰ عليْه، أوْ يتْرُك الإشَارَةَ إلىٰ المُدَّعِي أو المُدَّعَىٰ عليه.

قولُه: (وَعَلَىٰ هَذَا إِذَا وَقَعَ الغَلَطُ فِي بَعْضِ الحُدُودِ) [٥/٣٧٩و/م]، وذلكَ بأنْ يذْكُرَ الجانبَ الشرقيَّ مكانَ الغربيِّ، أوْ بالعكسِ.

قولُه: (أَوْ فِي بَعْضِ النَّسَبِ)، مِثْل أنْ يَذْكُرَ: محمّد بن أحْمدَ بنِ عَلِيّ: «محمّد بنِ عَلِيٍّ بنِ أحْمدَ»[(١)]، يعني: تُقْبَلُ شهادتُه إذا تدَارَكَ الغلطَ في المجلسِ[(٢)]، وإلَّا فَلا.

قولُه: (وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ: يُقْبَلُ قَوْلُهُ فِي غَيْرِ المَجْلِسِ)، أيْ: يُقْبَلُ قولُ العَدْلِ: «أَوْهَمْتُ» في غيرِ المجلسِ في جميعِ المسائلِ، سواءٌ كانَ الموضعُ موضعَ شُبْهَةٍ أوْ لا.

قولُه: (وَالظَّاهِرُ مَا ذَكَرْنَاهُ)، يعْني: أنَّ ظاهرَ الرّوايةِ ما ذكَرْناهُ، وهوَ أنَّ شَهَادَتَه تَجوزُ إذا قالَ: أَوْهَمْتُ، إذا لَمْ يَبْرَحْ مكانَه بعْدَ أنْ كانَ عدْلًا، فإنْ بَرِحَ؛

(١) في «م»: «محمد بن أحمد بن عَلِيّ بن محمد، مكان: عَلِيّ بن أحمد».

(٢) وقع بالأصل: «في مجلس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

فَلا يُقالُ: أَوْهَمَ فِي الحسابِ مائةً، أي: أَسْقَطَ.

ويقالُ: بَرِحَ المكانَ بَرَاحًا، قالَ تَعالى: ﴿فَلَنْ أَبْرَحَ ٱلْأَرْضَ﴾ [يوسف: ٨٠]. ولا أبْرَح. أيْ: لا أزال.

[واللهُ أَعلَمُ بِالصَّوابِ][١].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

بَابُ
الِاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

قَالَ: الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَىٰ قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ؛ لِأَنَّ تَقَدُّمَ الدَّعْوَىٰ فِي حُقُوقِ الْعِبَادِ شَرْطُ قَبُولِ الشَّهَادَةِ، وَقَدْ وُجِدَتْ فِيمَا يُوَافِقُهَا وَانْعَدَمَتْ فِيمَا يُخَالِفُهَا.

غاية البيان

بَابُ
الِاخْتِلَافِ فِي الشَّهَادَةِ

[٢/٢٦٧و] لَمَّا ذكرَ مسائلَ الاتّفاقِ ـ وهو الأصلُ ـ: شرَعَ في مسائِلِ الاختِلافِ.

قولُه: (قَالَ: الشَّهَادَةُ إِذَا وَافَقَتِ الدَّعْوَىٰ قُبِلَتْ، وَإِنْ خَالَفَتْهَا لَمْ تُقْبَلْ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ حُقُوقَ العبدِ تقِفُ على مطالبتِه، أوْ مَن يقومُ مقامَه، والبيِّنَةُ حقٌّ مِن حقوقِه، فإذا وافقَتِ البيِّنَةُ الدَّعوىٰ قُبِلَتْ؛ لأنَّ الدَّعوىٰ وُجِدَتْ، وإذا لَمْ توافِقْها لَمْ تُقْبَلْ؛ لأنَّها بلا مُدَّعٍ.

ثمَّ المُعْتَبَرُ في الاتفاقِ بينَ الشَّهادَةِ والدَّعوىٰ: هوَ الاتِّفاقُ في المعْنىٰ، لا مِن حيثُ اللَّفظُ، أَلَا ترىٰ أنَّ المُدَّعِي يقولُ: أدَّعِي كذا، والشَّاهِدُ يقولُ: أشْهَدُ بِكذا، ولا اتّفاقَ بينَهُما مِن حيثُ اللَّفظُ.

فإذا عرفْتَ هذا: فاعرِفْ أنَّ كُلَّ موضعٍ يُمْكِنُ التوفيقُ فيهِ بينَ الدَّعوىٰ والشَّهادَةِ؛ لَمْ تَبْطُلْ، وإذا لَمْ يُمْكِنْ بطلَتْ.

قالَ في الفصلِ الخامسَ عشرَ في «الفصول»: «وذكرَ في باب اختِلاف الشّهاداتِ مِنْ شهادات «الجامع»: وليسَ الاختِلافُ بينَ الشّاهديْنِ بمنزلةِ الاختِلافِ بينَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

قَالَ: وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالمَعْنَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا [٥/٣٧٩ظ/م] بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ؛ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا: تُقْبَلُ عَلَى الأَلْفِ إِذَا كَانَ المُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفَيْنِ.

غاية البيان

الدَّعوىٰ والشَّهَادَةِ؛ لأَنَّ شهادتَي الشَّاهدَيْنِ ينبَغي أنْ تكونَ كلُّ واحدةٍ منهُما مطابقةً للأُخرىٰ في اللَّفظِ الَّذي لا يُوجِبُ اختِلافَ المعْنىٰ.

أمَّا المطابقةُ بينَ الشَّهادَةِ والدَّعوىٰ: فينبَغي أنْ تكونَ في المعْنىٰ خاصَّةً، ولا عِبْرَةَ للَّفظِ، حتَّىٰ لوِ ادَّعَىٰ الغَصْبَ، وشَهِدَ أحدُهما على الغَصْبِ، والآخرُ على الإقْرارِ بالغَصْبِ؛ لا تُقبَلُ، ولوْ شَهِدَا على الإقْرارِ بالغَصْبِ؛ تُقبَلُ».

قولُه: (قَالَ: وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالمَعْنَىٰ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، فَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا [٥/٣٧٩ظ/م] بِأَلْفٍ وَالآخَرُ بِأَلْفَيْنِ؛ لَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ عِنْدَهُ، وَعِنْدَهُمَا: تُقْبَلُ عَلَى الأَلْفِ إِذَا كَانَ المُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفَيْنِ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وجملةُ الكلامِ فيهِ ما قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ» قالَ: «وإذا ادَّعَىٰ رَجُلٌ على رَجُلٍ أَلْفَيْ درهمٍ، وهو مُنْكِرٌ، فأقامَ شاهدَيْنِ، فشهِدَ أحدُهما على ألفٍ، والآخرُ على ألفَيْنِ؛ لَمْ تُقْبَلْ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ. وعندَهما: تُقْبَلُ على الألفِ.

ولوْ كانَ المُدَّعِي يدَّعِي أقلَّ المالَيْنِ ـ وهوَ ألفُ درهمٍ ـ والمسألةُ بحالِها؛ لَمْ تُقْبَلْ بالإجْماعِ، إلَّا إذا قالَ: كانَ لي عليْه ألفٌ وخمسُ مائةٍ، إلَّا أنَّه قضاني خمسَمائةٍ، أوْ أبرأْتُه مِن خمسِمائةٍ، والشَّاهِدُ لا يعْلَمُ بذلِكَ؛ قُضِيَ له عليهِ بألفٍ.

ولوْ كانَ يدَّعِي عشرينَ، فشهِدَ أحدُهما على عشرةٍ، والآخرُ على عشرينَ؛ فهذا على [هذا][2] الاختِلافِ، وكذلِكَ لوْ شَهِدَ أحدُهما على عشرةٍ، والآخرُ على

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع=

وَعَلَىٰ هَذَا الْمِائَةُ وَالْمِائَتَانِ وَالطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَتَانِ وَالطَّلْقَةُ وَالثَّلَاثُ.

لَهُمَا أَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَىٰ الْأَلْفِ أَوْ الطَّلْقَةِ وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالزِّيَادَةِ فَيَثْبُتُ مَا اجْتَمَعَا عَلَيْهِ دُونَ مَا تَفَرَّدَ بِهِ أَحَدُهُمَا فَصَارَ كَالْأَلْفِ وَالْأَلْفِ وَالْخَمْسِمِائَةِ.

﴿ غاية البيان ﴾

خمسةَ عشرَ؛ فهوَ على [هذا][1] الاختِلافِ، هذا كلُّه إذا كانَ دعوَىٰ المالِ، فأمَّا إذا كانَ دعْوىٰ عَقْدٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ بالإجْماعِ في الفصولِ كلِّها.

بيانُه: أنَّه ادَّعَىٰ أنَّه باعَ عبدًا مِن فلانٍ بألفَيْ درهمٍ، والمُشْتَرِي يُنْكِرُ، فشهدَ شاهدٌ علىٰ ألفٍ، والآخرُ علىٰ ألفيْنِ، أوْ أحدُهما علىٰ ألفٍ، والآخرُ علىٰ ألفٍ وخمسمائةٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ بالإجماعِ.

وكذلكَ لوْ كانَ المُدَّعِي هوَ المُشْتَرِي، والبَائعُ يُنكِرُ، وإنْ كانَ هذا في الإِجَارةِ؛ فإنْ كانَ المُدَّعِي هوَ المُؤَاجِر في المُدَّةِ، فَهذا دعوىٰ عَقْدٍ، فَلا تُقْبَلُ، وإنْ كانَ بعدَ انقِضاءِ المُدَّةِ، فهذا دعوىٰ المالِ، وهوَ كفَصْلِ الدَّيْنِ، وإنْ كانَ المُدَّعِي هو المُسْتَأْجِر قبلَ انقِضاءِ المُدَّةِ، أوْ بعدَ انقِضائِها، فهذا دعْوىٰ العَقْدِ بالإجْماعِ.

ولوْ كانَ هذا الدّعوىٰ في النّكَاحِ: فإنْ كانتِ المرأةُ هيَ المدَّعِية للنّكاحِ، فَهذا دعوىٰ المالِ عندَ أَبي حَنِيفَةَ، حتَّىٰ إنَّها لوِ ادَّعَتِ النّكَاحَ بألفٍ وخمسمائةٍ، فشهدَ أحدُهما [٢/٢٦٧ط] علىٰ ألفٍ، والآخرُ علىٰ ألفٍ وخمسمائةٍ؛ فإنَّ النّكَاحَ جائزٌ بألفٍ، وعندَهما: لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ كدعْوىٰ العَقْدِ، ولوْ كانَ المُدَّعِي هوَ الزوْج والمرأةُ مُنْكِرة: فهذا دعوَىٰ العَقْدِ بالإجْماعِ[2].

= في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابِيّ [٢/ق١٦١/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابِيّ [٢/ق١٦١/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٢) إذا اختلَف الشاهدانِ في قَدْر المهر، والمُدَّعِي يدَّعِي الأقلَّ أو الأكثر: يُقْضَىٰ بالنكاح بأقلّ المالَيْنِ؛=

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رضي الله عنه - أَنَّهُمَا اخْتَلَفَا لَفْظًا، وَذَلِكَ يَدُلُّ عَلَى اخْتِلَافِ الْمَعْنَى

غاية البيان

فأمَّا إذا وقعَتِ الدَّعوىٰ في الطَّلَاقِ، أوْ في الخُلْعِ على مالٍ، أو العِتْقِ على مالٍ، أو الصُّلحِ عَن دمِ العَمْدِ علىٰ مالٍ؛ فإنْ كانَ المُدَّعِي هوَ الزوجِ، أو المَوْلَىٰ، أوْ وليّ القِصَاصِ؛ فهذا دعوَىٰ المالِ، وإنْ كانَ المُدَّعِي هيَ المرْأة [٥/٣٨٠و/م]، أوِ القاتِلِ، أو العبْدِ؛ فهذا دعْوىٰ عَقْدٍ لا تُقْبَلُ بِالإجماعِ.

وأمَّا في دعوَىٰ الكِتَابَةِ: إنْ كانَ المُدَّعِي هوَ المُكَاتَب: فهَذا دعْوىٰ عقْدٍ، وإنْ كانَ المُدَّعِي هو المَوْلَىٰ فلا يصحُّ؛ لأنَّ المُكَاتَبَ له أنْ يُعْجِزَ نفْسَه متىٰ أرادَ، وأمَّا في الرَّهْنِ فإنْ كانَ المُدَّعِي هوَ الرَّاهِن: فهذا لا يُتَصَوَّرُ؛ لأنَّ حِفْظَ الرَّهْنِ للمُرْتهنِ، وإنْ كانَ المُدَّعِي هو المُرْتَهن: فهذا دعوَىٰ الدَّيْنِ[1]»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ «شرح الطَّحَاوِيّ».

قالَ صاحبُ «الهداية» رحمه الله: (وَعَلَىٰ هَذَا: المِئَةُ وَالمِئَتَانِ، وَالطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَتَانِ، وَالطَّلْقَةُ وَالثَّلَاثُ)، يعني: إذا شَهِدَ أحدُ الشاهدَيْنِ بمئةٍ والآخرُ بمئتيْنِ، أوْ شَهِدَ أحدُهما بطلْقةٍ والآخر بطلقتَيْنِ، أوْ شَهِدَ أحدُهما بطلقةٍ والآخرُ بثلاثٍ؛ لا تُقْبَلُ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ رضي الله عنه، وتُقْبَلُ عَلىٰ الأقلِّ عندَهما[3].

= لأن المال تابعٌ في النكاح. وعند أبي يوسف ومحمد: لا يُقْضَىٰ في النكاح أصلًا. من «الخلاصة». كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(١) وسيَجِيء بيانُ هذه المسائل عند قوله: «وَمَنْ شَهِدَ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ عَبْدَ فُلَانٍ بِأَلْفٍ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِ مِائَةٍ...». كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأسْبِيجَابيّ [ق/ ٤٢٣].

(٣) قال الإسبيجاني: والصحيح قول أبي حنيفة، وعليه مشىٰ الأئمة المصححون. ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص ٣٤٢، ٣٤٣]، «مختلف الرواية» [١٦٣٠/٣]، «فتاوىٰ النوازل» [ص/ ٣٠٣]، «المبسوط» [١٤٨/٦]، [١٦٠/١٦، ١٧٥]، «الفقه النافع» [١١٧٠/٣]، «بدائع الصنائع» [٤١١/٥، ٤١٩]، «تبيين الحقائق» [٢٢٩/٤، ٢٣٠]، «الجوهرة النيرة» [٣٠٠/٢]، «فتح القدير» [٤٣٢/٧]، «الفتاوىٰ الهندية» [٤٥٨/٣، ٤٦٦].

لِأَنَّهُ يُسْتَفَادُ بِاللَّفْظِ، وَهَذَا لِأَنَّ الْأَلْفَ لَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنْ الْأَلْفَيْنِ بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ فَحَصَلَ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا شَاهِدٌ وَاحِدٌ وصار كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَالِ.

غاية البيان

وذكَر في «شرح الأقطع»(١) قولَ الشَّافِعِيِّ ﵀ كقولِهما(٢).

وَجْه قولِهما: أنَّهما اتَّفقا على الأقلِّ واختلَفا على الزِّيادَةِ، فيَثْبُتُ ما اتَّفقا دونَ ما اختلَفا، كما إذا شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفٍ وخمسمائةٍ، أوْ شَهِدَ أحدُهما بتطليقةٍ، والآخرُ بتطليقةٍ ونِصْفٍ.

ووَجْهُ قولِ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّهما اختلَفا لفْظًا ومَعْنًى، أمَّا اللفظُ فظاهرٌ؛ لأنَّ أحدَهُما شَهِدَ بألفٍ، والآخر بألفَيْنِ، وكذا المعْنىٰ؛ لأنَّ أحدَهُما فرْدٌ، والآخر مُجْتمعٌ؛ لأنَّ الألفَيْنِ عبارةٌ عَن ألفٍ اجتَمَعَ معَ ألفٍ آخرَ، فكانَ على كُلِّ واحدٍ منهُما شاهدٌ واحدٌ، فلا يُقْبَلُ، فصارَ كما إذا شَهِدَ أحدُهما بألفِ درهمٍ، والآخرُ بمائةِ دينارٍ، أوْ شَهِدَ أحدُهما بكُرِّ(٣) حِنْطَةٍ، والآخرُ بِكُرِّ شَعِيرٍ.

وهذا معْنىٰ قولِه: (كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ جِنْسُ الْمَالِ)، بخِلافِ ما إذا شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفٍ وخمسمائةٍ، والمُدَّعِي يدَّعِي أكثرَ المالَيْنِ، حيثُ يُقْبَلُ على الألفِ؛ لاتِّفاقِهما على الألفِ لفْظًا ومَعْنًى؛ لأنَّ عطفَ الخمسمائة على الألفِ يُقرِّرُ الألفَ، وعلى هذا إذا شَهِدَ أحدُهما بطلْقةٍ، والآخرُ بطلْقةٍ ونِصْفٍ، بخلافِ ما إذا شَهِدَ أحدُهما بعشرةٍ، والآخرُ بخمسةَ عشرَ؛ لأنَّ العطفَ لَمْ يُوجَدْ، فحَصَلَ الاختلافُ بينَ الشاهدَيْنِ، كما في الألفِ والألفَيْنِ.

قولُه: (بَلْ هُمَا جُمْلَتَانِ مُتَبَايِنَتَانِ)، سمَّى الألفَ والألفَيْنِ(٤) جملتَيْنِ، ولَمْ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٥].
(٢) ينظر: «الأم» للشافعي [١٢٨/٨]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [٧٧/٧].
(٣) الكُرُّ ـ بالضم ـ: مكيال لأهل العراق، قدْرُه ستون قَفِيزًا، أوْ أربعون أردبًا، أوْ سبع مئة وعشرون صاعًا. وقد تقدم التعريف بذلك.
(٤) وقع بالأصل: «والألف». والمثبت من: «ن»، و«م». و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ، وَالآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِ مِئَةٍ، وَالمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَ مِئَةٍ؛ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الأَلْفِ لِاتِّفَاقِ الشَّاهِدَيْنِ عَلَيْهَا لَفْظًا وَمَعْنًى، لِأَنَّ الأَلْفَ وَالْخَمْسَمِائَةِ جُمْلَتَانِ عُطِفَ إِحْدَاهُمَا عَلَى الأُخْرَى وَالْعَطْفُ يُقَرِّرُ الأَوَّلَ وَنَظِيرُهُ الطَّلْقَةُ وَالطَّلْقَةُ وَالنِّصْفُ وَالْمِائَةُ وَالْمِائَةُ وَالْخَمْسُونَ، بِخِلَافِ الْعَشَرَةِ وَالْخَمْسَةَ عَشَرَ لِأَنَّهُ لَيْسَ بَيْنَهُمَا حَرْفُ الْعَطْفِ فَهُوَ نَظِيرُ الأَلْفِ وَالأَلْفَيْنِ.

غاية البيان

يُرِدْ بالجملةِ ما هوَ [٥/٣٨٠ظ/م] مُصْطلحُ النُّحَاةِ، وهيَ الكلامُ، بلْ أرادَ بِها: الجملةَ اللُّغويَّةَ، وهيَ عبارةٌ عَن شيءٍ مجموعٍ مِن أجزاءٍ.

يقالُ: أجملْتُ الشيءَ إجمالًا؛ إذا جمعْتَ عن تفرقةٍ. ويقالُ: جملةٌ مِن الدَّراهمِ، وجملةٌ مِن الغَنَمِ وما شابَه ذلكَ، والألْفُ بهذِه المثابة أيضًا؛ لأنَّها مجموعةٌ عَن أجزاءٍ هيَ وُحْدانٌ.

والمرادُ مِن قولِه: (جُمْلَتَانِ مُتَبايِنَتَانِ)، أنَّ كلَّ واحدٍ مِن الألفِ والألْفَيْنِ يُفْهَمُ منهُ ما لا يُفْهَمُ مِن الآخَرِ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّ الألفَيْنِ لهما دلالةٌ على الألفِ، لكن بِسبيلِ التضَمُّنِ، والمدلولُ عليْه ضِمْنًا إنَّما يَثْبُتُ إذا ثبتَ المتضَمِّنُ، ولَمْ يَثْبُتِ المتضَمِّنُ هُنا، وهو الألفانِ؛ لعدَمِ موافقة الشَّاهِدِ الآخر، فلا يَثْبُت ما [٢/٢٦٨و] في ضِمْنِه أيضًا، وهوَ الألفُ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ، وَالآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِ مِئَةٍ، وَالمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَ مِئَةٍ؛ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَى الأَلْفِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّهما اتَّفقا على الشَّهَادَةِ على الألفِ لفظًا ومَعْنًى، وانفردَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/ ٢٢١].

(وَإِنْ قَالَ الْمُدَّعِي لَمْ يَكُنْ لِي عَلَيْهِ إِلَّا الْأَلْفُ فَشَهَادَةُ الَّذِي شَهِدَ بِالْأَلْفِ وَخَمْسِمِائَةٍ بَاطِلَةٌ) لِأَنَّهُ كَذَّبَهُ الْمُدَّعِي فِي الْمَشْهُودِ بِهِ، وَكَذَا إِذَا سَكَتَ إِلَّا عَنْ دَعْوَىٰ الْأَلْفِ لِأَنَّ التَّكْذِيبَ ظَاهِرٌ فَلَا بُدَّ مِنْ التَّوْفِيقِ، وَلَوْ قَالَ كَانَ أَصْلُ حَقِّي أَلْفٌ وَخَمْسُمِائَةٍ وَلَكِنِّي اسْتَوْفَيْت خَمْسَمِائَةٍ أَوْ أَبْرَأْتُهُ عَنْهَا قُبِلَتْ لِتَوْفِيقِهِ.

قال: وَإِذَا شَهِدَا بِأَلْفٍ وَقَالَ أَحَدُهُمَا: قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسَ مِئَةٍ؛ قُبِلَتْ

غاية البيان

أحدُهُما بذِكْرِ خمس مئةٍ، وذلكَ ليسَ بقادحٍ في الشَّهَادَةِ بألفٍ، كما إذا شَهِدَ أحدُهما بمئة درهمٍ، والآخرُ بمئةٍ درهمٍ ومئةٍ دينارٍ، وهو يَدَّعِيهما، ولوْ قالَ المُدَّعِي: لَمْ يكُن حقِّي إلا الألف، فشهادةُ الذي زادَ على الألفِ باطلةٌ؛ لتكْذيبِ المُدَّعِي؛ لأنَّ تكْذِيبَه تفْسِيقٌ.

وكذا إذا ادَّعَىٰ الألفَ ولَمْ يَقُلْ: لَمْ يكُنْ حقِّي إلَّا الألف، بَل سكَتَ عمَّا زادَ عليْه، فشهدَ أحدُهما بألفٍ وخمسِ مئةٍ؛ كانتْ شَهَادَتُه باطلةً؛ لأنَّ التكذيبَ هو الظَّاهرُ؛ لأنَّ السكوتَ في موضع البيانِ بيانٌ، فكانَ سكوتُه عمَّا زادَ على الألفِ نفْيًا له، وهوَ تكذيبٌ للشَّاهِدِ.

فإنْ وفَّقَ المُدَّعِي وقالَ: كانَ أصْلُ حقِّي ألفًا وخمسَ مئةٍ إلَّا أنِّي استوفيْتُ الخمسَ مئة، أوْ أبرأْته عنها، والشَّاهِدُ لَمْ يعْلَمْ بذلِكَ؛ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ على الألفِ. أعْني: فيما إذا ادَّعَىٰ الألفَ، وشَهِدَ أحدُ الشاهدَيْنِ بالألفِ، والآخرُ بألفٍ وخمس مئةٍ؛ لأنه يُمْكِن أن يكونَ الأمرُ كما قالَ، والشَّهَادَةُ يجبُ حَمْلُها على الصِّحَّةِ ما أمْكَنَ.

قولُه: (وَإِذَا شَهِدَا[1] بِأَلْفٍ وَقَالَ أَحَدُهُمَا: قَضَاهُ مِنْهَا خَمْسَ مِئَةٍ؛ قُبِلَتْ

(١) وقع بالأصل: «شَهِدَ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ض».

شَهَادَتُهُمَا بِأَلْفٍ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ (وَلَمْ يُسْمَعْ قَوْلُهُ إِنَّهُ قَضَاهُ) لِأَنَّهُ شَهَادَةُ فَرْدٍ (إِلَّا أَنْ يَشْهَدَ مَعَهُ آخَرُ).

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْضِي بِخَمْسِمِائَةٍ، لِأَنَّ شَاهِدَ الْقَضَاءِ مَضْمُونُ شَهَادَتِهِ أَنْ لَا دَيْنَ إِلَّا خَمْسُمِائَةٍ.

وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا.

قَالَ: وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ إِذَا عَلِمَ بِذَلِكَ أَلَّا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ، حَتَّىٰ يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَ مِئَةٍ؛ كَيْ لَا يَصِيرَ مُعِينًا عَلَى الظُّلْمِ.

غاية البيان

شَهَادَتُهُمَا بِأَلْفٍ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «ولَمْ يسْمَعْ قولُه: [إنه][1] قضَاه إلَّا أنْ يَشْهدَ معَه الآخَرُ»[2].

قالَ في «شرح الأقطع»: «هذا هوَ المشْهورُ [٥/٣٨١و/م]، وعَن أبي يوسُف رحمَهُ اللهُ تعَالَىٰ: أنه يُقْضَىٰ بخمس مئةٍ؛ لأنَّ مَضْمُونَ قولِ مَن شَهِدَ بالقضاءِ: أنْ لا دَيْنَ سِوىٰ خمس مئةٍ، فلا يجوزُ أن يَثْبُتَ أكثرُ مِن ذلِكَ»[3].

وجْهُ المشْهورِ: أنَّهما اتَّفَقا على الألفِ، وَثَبَتَ ذلِكَ، وتفرَّدَ أحدُهما بالقضاءِ؛ فلَمْ يَثْبُتْ ذلكَ، فَصارَ كَما لو شَهِدَ أحدُهما بألفٍ، والآخرُ بألفٍ وخمسِ مئةٍ.

قولُه: (وَجَوَابُهُ مَا قُلْنَا)، إشَارَةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّهُ شَهَادَةُ فَرْدٍ).

قولُه: (قَالَ: وَيَنْبَغِي لِلشَّاهِدِ إِذَا عَلِمَ بِذَلِكَ أَلَّا يَشْهَدَ بِأَلْفٍ، حَتَّىٰ يُقِرَّ الْمُدَّعِي أَنَّهُ قَبَضَ خَمْسَ مِئَةٍ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[4]، وذلكَ لئَلَّا يكونَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر القُدُورِيّ».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٦].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

وَفِي: «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ بِقَرْضِ أَلْفٍ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ [قَدْ] قَضَاهَا، فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى القَرْضِ؛ لِاتِّفَاقِهِمَا عَلَيْهِ، وَتَفَرَّدَ أَحَدُهُمَا بِالْقَضَاءِ عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا. وَذَكَرَ الطَّحَاوِيُّ عَنْ أَصْحَابِنَا أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، وَهُوَ قَوْلُ زُفَرَ لِأَنَّ الْمُدَّعِيَ أَكْذَبَ شَاهِدَ الْقَضَاءِ.

الشَّاهِدُ مُعِينًا للمُدَّعِي على الظّلمِ.

بيانُه: أنّه إذا شَهِدَ فلا يخلو: إمَّا أنْ يَشْهدَ بالألفِ، أوْ بالخمسِ مئة، فإنْ شَهِدَ بالألفِ وقَضَاء[1] الخمس مئةٍ؛ يَثْبُتُ الألفُ؛ لاتّفاقِ الشاهدَيْنِ عليْه، ولا يَثْبُت القَضَاءُ؛ لتفرُّدِ أحدِ الشاهدَيْنِ بذلكَ، فيكونُ في هذِه الشَّهَادَةِ إعانةٌ على الظّلمِ لا محالةَ؛ لأنَّ المُدَّعِيَ ادَّعَىٰ تمامَ الألفِ بغيرِ حقٍّ.

وإنْ شَهِدَ بالخمسِ مئة؛ لا تُقْبَل شَهَادَتُه أصلًا؛ لاختلافِ الشاهدَيْنِ حينئذٍ في لَفْظِ الشَّهَادَةِ، فيَضِيعُ حقُّ المُدَّعِي، فإذا كانَ كذلِكَ؛ ينبَغي ألَّا يشْهَدَ الَّذي عَرَفَ قَضَاءَ خمس مئةٍ حتَىٰ يُقِرَّ المُدَّعِي بقَبْضِ ذلكَ، حتّىٰ لا يكونَ إعانةٌ على الظّلمِ، أوْ ضياعُ حقِّ المُدَّعِي.

قولُه: (وَفِي «الجَامِعِ الصَّغِيرِ»: رَجُلَانِ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ بِقَرْضِ أَلْفٍ، فَشَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ [قَدْ][2] قَضَاهَا، فَالشَّهَادَةُ جَائِزَةٌ عَلَى القَرْضِ).

قالَ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «ومَن شَهِدَ لَه شاهدانِ على رَجُلٍ بقَرْضِ ألفِ درهم، وشَهِدَ لَه أحدُهما أنّه قدْ قضاهُ إيّاهُ؛ قُبِلَ شهادتُهما على القَرْضِ، وقُضِيَ لَه بالمالِ عَلى المُدَّعَىٰ عليْهِ، وقد رُوِيَ عن أبي [٢/٢٦٨ظ] يوسُف ﷺ أنّه قالَ: لا تُقْبَلُ شَهَادَةُ الشَّاهِدِ الَّذي شَهِدَ على القَضَاءِ؛ لأنّه يشْهدُ ألَّا شيءَ للمُدَّعِي على المُدَّعَىٰ

(١) وقع بالأصل: «وقضى». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«تح»، و«غ».

قُلْنَا: هَذَا إِكْذَابٌ فِي غَيْرِ الْمَشْهُودِ بِهِ الْأَوَّلِ وَهُوَ الْقَرْضُ وَمِثْلُهُ لَا يَمْنَعُ الْقَبُولَ.

قال: وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قُتِلَ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ، وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الحَاكِمِ؛ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ؛ لأن

غاية البيان

عليه ممَّا يشْهَدُ بِه»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ الطَّحَاوِيِّ رحمه الله. وذكروا قولَ زُفَر مِثْلَ قولِ أبي يوسُف.

وَجْهُ قولِ زُفَر: أنَّه أكذَبَ شاهدَ القَضَاءِ، فصارَ كما لوْ أقرَّ بفِسْقِه.

وَوَجْهُ الظَّاهرِ: ظاهرٌ، وهوَ أنَّهما اتَّفقا علىٰ الألفِ، وتفرَّدَ أحدُهما بالقضاءِ، فيَثْبُتُ ما اتَّفقا عليهِ دونَ ما اختلَفا عليْه.

وجوابُ زُفَر [٥/٣٨١ظ/م]: أنَّ شَهَادَتَه بالقضاءِ غيرُ شَهَادَتِه بالألفِ، وتكْذِيبه في إحدَىٰ الشهادتيْنِ لا يُؤثِّرُ في الأُخرىٰ، كما لو شَهِدَ لهُ بألفٍ، وشَهِدَ عليه بدَيْنٍ، فأكْذَبَه فيما شَهِدَ به عليْه؛ فإنَّه لا يمْنَعُ قبول شَهَادَتِه له، ولا يلزمُ مِن الإكذابِ التفْسِيقُ؛ لجوازِ أنْ يكونَ غَلِطَ الشَّاهِدُ أوْ نَسِيَ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيث في «شرح الجامع الصغير»: «إذا عَلِمَ أحدُ الشاهدَيْنِ بالقضاءِ؛ لا ينبَغِي له أنْ يَشْهدَ علىٰ القَرْضِ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ أنَّ المُسْتَقْرِضَ قد قضَاهُ فقدْ أقرَّ أنَّ المُدَّعِيَ ادَّعَىٰ بغيرِ حقٍّ، فَلا ينبَغي له أنْ يَشْهدَ علىٰ دعْواهُ وهو يعْلَمُ أنَّه ادَّعَىٰ بغيرِ حقٍّ؛ لأنَّ فيه إعانتَه علىٰ الإثْم والعدْوانِ».

قولُه: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ قَتَلَ زَيْدًا يَوْمَ النَّحْرِ بِمَكَّةَ، وَشَهِدَ آخَرَانِ أَنَّهُ قُتِلَ يَوْمَ النَّحْرِ بِالْكُوفَةِ، وَاجْتَمَعُوا عِنْدَ الحَاكِمِ؛ لَمْ يَقْبَلِ الشَّهَادَتَيْنِ)، وهذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وهذا لأنَّ كَذِبَ إحْداهُما يقينٌ، وليستْ إحْداهُما

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/ ٣٤٣].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

أحديهما كَاذِبَةٌ بِيَقِينٍ وَلَيْسَتْ إِحْدَاهُمَا بِأَوْلَىٰ مِنَ الْأُخْرَىٰ (فَإِنْ سَبَقَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَضَىٰ بِهَا ثُمَّ حَضَرَتْ الْأُخْرَىٰ لَمْ تُقْبَلْ) لِأَنَّ الْأُولَىٰ تَرَجَّحَتْ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهَا فَلَا تُنْتَقَضُ بِالثَّانِيَةِ.

غاية البيان

بأَوْلَىٰ مِن الأُخرىٰ، فلَمْ تُقْبَلِ الشهادتانِ.

قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»: «فإنْ سبقَتْ إحْداهُما وقُضِيَ بها، ثمَّ حَضَرَتِ الأُخرىٰ لَمْ تُقْبَلْ»[١]، وذلكَ لأنَّ الأُولىٰ لَمْ يَتَيَقَّنْ كَذِبُها حينَ اتَّصل[٢] الحُكْمُ بها، وكلُّ بَيِّنَةٍ لَمْ يُقْطَعْ بكَذِبِها؛ جازَ قبولُها، فلَمَّا قَبِلَها الحاكمُ وقضىٰ بها، ثمَّ حضرَتِ الأُخرىٰ لا يُلْتَفَتُ إليْها؛ لأنَّ الحُكْمَ بِها يُنَافِي الحُكْمَ بالأُولىٰ، والأُولَىٰ قد صحَّتْ ظاهرًا، حيثُ اتَّصلَ الحُكْمُ بها ولَمْ يَتَيَقَّنِ الكذبُ، فبَقِيَتْ كما كانتْ[٣].

ونظِيرُه: رَجُلٌ معَه ثوبانِ، أحدُهما نجسٌ، فوقَعَ تحرِّيه علىٰ أحدِهما وصلَّىٰ فيه، ثمَّ وقَع تحرِّيه علىٰ الآخَرِ؛ لا تجوزُ الصلاةُ فيهِ؛ لأنَّ الأوَّلَ اتَّصلَ بِه حُكْمٌ، فَلا يُنْقَضُ بتحَرٍّ آخَر.

ونَقَلَ في «الفصول» عن شهاداتِ [«فتاوىٰ»][٤] القاضي الإمام ظَهير الدِّين: «الشَّهَادَةُ علىٰ عَقْدٍ تمامُه بالفعلِ ـ كالرَّهْنِ والهِبَةِ والصَّدَقَةِ ـ لا يُبْطِلُها الاختلافُ في الزَّمانِ والمكانِ إلَّا عندَ محمَّدٍ، وفي البَيْعِ والإجارَةِ والصُّلْحِ والخُلْعِ: لا يُبْطِلُها الاختلافُ[٥] في الزَّمانِ والمكانِ.

(١) المصدر السابق.

(٢) وقع بالأصل: «أفصل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٢٩٧].

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٥) وقع بالأصل: «الاستخلاف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفصول» للأُسْتُرُوشَنِيِّ [ق٩٨/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

....

وكذلِكَ لوْ شَهِدَ أحدُهُما على الفعلِ، والآخرُ على الإقْرَارِ بِه؛ لا يَضُرُّ، وكذلكَ القَرْضُ وإنْ كانَ تمامُه بِالقَبْضِ». قالَ: «فلوْ شَهِدَ أحدُهما على إقْرارِهِ اليومَ بألفٍ، وشَهِدَ الآخرُ على إقرارِه أمسِ بألفٍ؛ جازَتْ شهادتُهما».

ثمَّ ذَكَرَ في «الفصول»: «وذكرَ في شهاداتِ [٥/٣٨٢و/م] «الفتاوى الصغرى»: إذا اختلفَ الشاهدانِ في الزَّمانِ أوِ المكانِ، أوْ في الإنشاءِ، أوْ في الإقْرَارِ، بأنْ شَهِدَ أحدُهُما على الإنشاءِ، والآخرُ على الإقْرَارِ، فإنْ كانَ هذا الاختِلافُ في الفعلِ حقيقةً وحكمًا ـ يعْني: في تصرُّفٍ فِعْلِيٍّ كالجنايةِ والغَصْبِ، أوْ في قولٍ مُلْحَقٍ بالفعلِ كَالنِّكَاحِ؛ لتضَمُّنه فِعْلًا، وهوَ إحضارُ الشهودِ ـ يَمْنَعُ قبولَ الشَّهَادَةِ.

وإنْ كانَ الاختلافُ في قولٍ محْضٍ، ـ كَالبَيْعِ، والطَّلَاقِ، والعَتَاقِ ـ أوْ في فِعْلٍ مُلْحَقٍ بالقولِ ـ وهوَ القَرْضُ ـ؛ لا يَمْنَعُ القبولَ وإنْ كانَ لا يَتِمُّ القَرْضُ إلا بِفِعْلٍ، وهوَ التَّسْلِيمُ [٢/٢٦٩و]؛ لأنَّ ذلكَ مَحمولٌ على قولِ المُقْرِضِ: أقرضْتُكَ، فصارَ كالطَّلاقِ، والعَتَاقِ، والبَيْعِ.

وإذا شَهِدَا بالرَّهنِ، واختلَفا في الزَّمانِ أوِ المكانِ، وهما يشْهَدانِ على مُعَايَنَةِ القَبْضِ؛ فالشهادةُ جائزةٌ، وكذا الشِّرَاءُ، والصَّدَقَةُ، والهِبَةُ؛ لأنَّ القَبْضَ قدْ يكونُ غيرَ مرَّةٍ، وإذا شَهِدَا على إقْرَارِ الرَّاهِنِ، والواهِبِ، والمتصَدِّقِ بِالقَبْضِ؛ جازَتِ الشَّهَادَةُ، ولوِ ادَّعَى البَيْعَ وشَهِدَا على إقْرَارِ البَائِعِ بالبَيْعِ، واختلَفا في الزَّمانِ والمكانِ؛ تُقْبَلُ شهادتُهما».

وذكرَ في بابِ شَهَادَةِ الزُّورِ مِن «المبسوط»: «لوِ ادَّعَى الشِّرَاءَ، وشَهِدَ أحدُهما على الشِّرَاءِ، والآخرُ على الإقْرَارِ بِالشِّرَاءِ؛ يُقْبَلُ؛ لأنَّ لَفْظَ الشِّرَاءِ يَصْلُحُ للإقْرَارِ، ويَصْلُحُ للابْتِداءِ، فقدِ اتَّفَقا على أمرٍ واحدٍ». هذا كلُّه مِن «الفصول».

قَالَ: وَإِذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً، وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا؛ قُطِعَ، وَإِنْ قَالَ أَحَدُهُمَا بَقَرَةً وَقَالَ الْآخَرُ ثَوْرًا لَمْ يُقْطَعْ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ـ ﵀. (وَقَالَا: لَا يُقْطَعُ فِي الْوَجْهَيْنِ) جَمِيعًا، وَقِيلَ الِاخْتِلَافُ فِي لَوْنَيْنِ يَتَشَابَهَانِ كَالسَّوَادِ وَالْحُمْرَةِ لَا فِي السَّوَادِ وَالْبَيَاضِ، وَقِيلَ هُوَ فِي جَمِيعِ الْأَلْوَانِ..

ثمَّ قالَ فيهِ: «وذكرَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «لوْ سكتَ شاهِدا[1] البَيْعِ عَن بيانِ الوقتِ والمكانِ، فسألَهما القاضي فقالا: لا نعْلَمُ ذلِكَ؛ تُقْبَلُ شَهادتُهما؛ لأنَّهما لَمْ يُكلَّفا حِفْظَ ذلِكَ».

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ بَقَرَةً، وَاخْتَلَفَا فِي لَوْنِهَا؛ قُطِعَ)، وهذه مِن مسائلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيهِ: «محمّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﵁: في شاهدَيْنِ شَهِدَا جميعًا علىٰ أنه سرقَ بقرةً، واختلَفا في لَوْنِها، قالَ: أُجيزُ الشَّهادَةَ وأقْطَعُه.

وقالَ أَبو يوسُف ومحمّدٌ ﵄: لا نُجيزُ الشَّهادَةَ ولا نَقْطَعُه، ولو شَهِدَ[2] أحدُهما أنَّه سرَقَ بقرةً، وشَهِدَ الآخرُ أنه سرقَ ثوْرًا؛ فالشّهادةُ باطلةٌ في قولِهم جميعًا»[3]. إلىٰ هنا لفْظُ محمّدٍ ﵀.

ولو شَهِدَا علىٰ الغَصْبِ واختلَفا في اللَّونِ؛ لا يُقْبَلُ بالإجماعِ. قيلَ: هذا علىٰ الخلافِ في [٥/٣٨٢ظ/م] الألوانِ المُتشابهةِ، كالحُمْرةِ معَ السَّوادِ، والأصحُّ: أنَّ الخلافَ في الكلِّ واحدٌ[4]. كذا قالَ فخرُ الدِّينِ قاضي خان في «شرْح الجامع الصغير».

(١) وقع بالأصل: «شاهد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفصول» للأُسْتُرُوشَنِيّ [ق٩٨/أ/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

(٢) وقع بالأصل: «شَهِدَا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩١].

(٤) ينظر: «شرح قاضيخان على الجامع الصغير» [ق/ ١٩٦].

لَهُمَا أَنَّ السَّرِقَةَ فِي السَّوْدَاءِ غَيْرُهَا فِي الْبَيْضَاءِ فَلَمْ يَتِمَّ عَلَىٰ كُلِّ فِعْلٍ نِصَابُ الشَّهَادَةِ وَصَارَ كَالْغَصْبِ بَلْ أَوْلَىٰ، لِأَنَّ أَمْرَ الْحَدِّ أَهَمُّ وَصَارَ كَالذُّكُورَةِ وَالْأُنُوثَةِ.

وَلَهُ أَنَّ التَّوْفِيقَ مُمْكِنٌ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِي اللَّيَالِي مِنْ بَعِيدٍ وَاللَّوْنَانِ يَتَشَابَهَانِ أَوْ يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدٍ فَيَكُونُ السَّوَادُ مِنْ جَانِبٍ وَهَذَا يُبْصِرُهُ وَالْبَيَاضُ مِنْ جَانِبٍ آخَرَ وَهَذَا الْآخَرُ يُشَاهِدُهُ، بِخِلَافِ الْغَصْبِ لِأَنَّ التَّحَمُّلَ فِيهِ بِالنَّهَارِ عَلَىٰ قُرْبٍ مِنْهُ، وَالذُّكُورَةُ وَالْأُنُوثَةُ لَا يَجْتَمِعَانِ فِي وَاحِدَةٍ، وَكَذَا الْوُقُوفُ عَلَىٰ ذَلِكَ بِالْقُرْبِ مِنْهُ فَلَا يَشْتَبِهُ.

غاية البيان

لهما: أنَّ المشهودَ بِه اختلَفَ، فلَمْ يَتِمَّ علىٰ ما شَهِدَ به كلُّ واحدٍ منهما نِصَابُ الشَّهَادَةِ، فلا يُقْبَلُ كما في الغَصْبِ بلْ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ الاختِلافَ لَمَّا منَعَ قبولَ الشَّهَادَةِ في المالِ؛ فلَأَنْ يَمْنَعَ في الحَدِّ أَوْلَىٰ، وكما لوِ اختلَفا في قَدْرِ القِيمَةِ، وكما لوِ اختلَفا في الذُّكُورَةِ والأُنُوثَةِ[1].

ولأبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ اختِلافَهما في اللونِ اختلافٌ في أمْرٍ زائدٍ لَمْ يُكلَّفا بعِلْمِه[2]، ألَا ترىٰ أنَّهما لوْ سكتَا عنهُ جازَتْ شهادتُهما، كما لوِ اختلَفا في لونِ ثوبِ السارقِ، ولأنَّ قبولَ قولِ العدُولِ واجبٌ ما أمْكَنَ التَّوفيقُ والتلْفِيقُ، وذلكَ مُمْكِنٌ؛ لأنَّ اللونَيْنِ المُخالِفَيْنِ قدْ يَجتمِعانِ في حيوانٍ في طَرفَيْهِ، فيرَىٰ أحدُ الشاهدَيْنِ أحدَ طَرفَيْهِ، والآخرُ الطرفَ الآخرَ، ولا يَستوعِبُ نظَرُ كُلِّ واحدٍ منهما

(١) واستظهر صدر الشريعة قولهما. كذا في «الدر المختار» [ص/ ٤٩٤]. وينظر: «الأصل» للشيباني [٢٤٧/٧]، «المبسوط» [١٦٢/٩]، «المحيط البرهاني» [٤٧٥/٨]، «الاختيار لتعليل المختار» [١٤٦/٢]، «تبيين الحقائق» [٢٣٣/٤]، «العناية شرح الهداية» [٤٤٤/٧]، «البناية شرح الهداية» [١٧٣/٩].

(٢) وقع بالأصل: «بعمله». والمثبت من: «ن»، و«تح».

قَالَ: وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ عَبْدَ فُلَانٍ بِأَلْفٍ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِ مِئَةٍ؛ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إِثْبَاتُ السَّبَبِ وَهُوَ الْعَقْدُ وَيَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ الثَّمَنِ فَاخْتَلَفَ الْمَشْهُودُ بِهِ وَلَمْ يَتِمَّ الْعَدَدُ عَلَىٰ كُلِّ وَاحِدٍ، وَلِأَنَّ الْمُدَّعِيَ يُكَذِّبُ أَحَدَ شَاهِدَيْهِ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْبَائِعَ وَلَا فَرْقَ

غاية البيان

طَرَفَيِ الحيوانِ؛ لأنَّ السَّرِقَةَ غالبًا تقعُ خُفْيَةً بالليالي مِن بعيدٍ عادةً.

فإذا احتمَلَ هذا: وجَبَ القبولُ، كما في شهودِ الزِّنا إذا شَهِدَ اثنانِ أنَّه زنَىٰ في هذا الجانبِ مِن البيتِ، وشَهِدَ اثنانِ أنَّه زنَىٰ في الجانبِ الآخَرِ مِن البيتِ؛ جازَتْ شهادتُهم؛ لإمكانِ التَّوفيقِ، فكذلِكَ ههُنا، بخلافِ الغَصْبِ؛ لأنَّه يقَعُ نهارًا جهارًا مِن قريبِ الشَّاهِدِ، فلا يَشْتَبِهُ عليْه لوْنُ المَغْصُوبِ.

وبخِلافِ اختلافِهما في القِيمَةِ؛ لأنَّ الشاهدَيْنِ مُكلَّفانِ ببيانِ ذلكَ، حتَّىٰ يُعْلَمَ أنَّ المسروقَ كانَ نِصَابًا أمْ لا؟ فصارَ ذلكَ اختلافًا في نفْسِ الشَّهادَةِ، لا في أمْرٍ زائدٍ.

وبخِلافِ اختِلافِهما في الذُّكُورَةِ والأُنُوثَةِ؛ لأنَّ التوفيقَ ليسَ بمُمْكِنٍ؛ لأنَّ اجتماعَهُما وتَشابهَهُما لا يكونُ في حيوانٍ واحدٍ عادةً، ولأنَّ الشاهدَيْنِ[1] يُكَلَّفانِ ببيانِ الذُّكُورَةِ والأُنُوثَة؛ لأنَّ القِيمَةَ تختلِفُ باختِلافِهما، فكانَ اختلافُهما فيهما في نفْسِ الشَّهَادَةِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ شَهِدَ لِرَجُلٍ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ عَبْدَ فُلَانٍ بِأَلْفٍ، وَشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِ مِئَةٍ؛ فَالشَّهَادَةُ بَاطِلَةٌ) [٢/٢٦٩ظ]، أيْ: قالَ في «الجامع الصَّغيرِ»[2].

---

(١) وقع بالأصل: «الشاهدان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩١].

بَيْنَ أَنْ يَدَّعِيَ الْمُدَّعِي أَقَلَّ الْمَالَيْنِ أَوْ أَكْثَرَهُمَا لِمَا بَيَّنَّا (وَكَذَلِكَ الْكِتَابَةُ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ هُوَ الْعَقْدُ إِنْ كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْعَبْدَ فَظَاهِرٌ، [٥٤/ط] وَكَذَا إِذَا كَانَ هُوَ الْمَوْلَىٰ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ الْأَدَاءِ فَكَانَ الْمَقْصُودُ إِثْبَاتَ السَّبَبِ (وَكَذَا

غاية البيان

وكانَ الأنسبُ للوضعِ أنْ يَذْكُرَ هذِه المسألةَ بعدَ قولِه: (وَإِنْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا بِأَلْفٍ، وَالآخَرُ بِأَلْفٍ وَخَمْسِ مِئَةٍ، وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي أَلْفًا وَخَمْسَ مِئَةٍ؛ قُبِلَتِ الشَّهَادَةُ عَلَىٰ الأَلْفِ)؛ لأنَّ تلكَ المسألةَ في دعوَىٰ المالِ، وهذِه في دعْوىٰ العَقْدِ.

ثمَّ صورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمّدٌ عَن [٣٨٣/هـ/م] يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنه قالَ في الرَّجُلِ يَدَّعِي علىٰ الرَّجُلِ: أنَّه باعَه هذا العبدَ بألفٍ وخمسِ مئةِ درهمٍ، فيُنْكِرُ البائعُ البَيْعَ، فيُقِيمُ عليْه شاهدًا بألفٍ وخمسِ مئةٍ، وشاهدًا بألفٍ، قالَ: هذا بَاطِلٌ. وكذلِكَ المكاتَبةُ إذا ادَّعاها العبدُ، وأنكرَ المَوْلَى، وكذلكَ الخُلْعُ إذا ادَّعَتِ المرأةُ، وأنكرَ الزَّوجُ.

فَأَمَّا النِّكَاحُ: فإنَّ أَبا حَنِيفَةَ ﷺ كانَ يَقولُ: إذا جاءتْ بشاهدٍ يشْهدُ علىٰ ألفٍ وخمسِ مئةٍ، وشاهدٍ يشْهدُ علىٰ ألفٍ؛ جازَتِ الشَّهَادَةُ بألفٍ، وهي تَدَّعِي ألفًا وخمسَ مئةٍ. فأمَّا يعقوبُ ومحمَّدٌ قالا: النِّكَاحُ بَاطِلٌ أيضًا»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ محمّدٍ ﷺ في «أصل الجامع الصغير» وفصْلُ النِّكَاحِ مِن الخواصِّ.

وهذِه ثمان مسائلَ: البَيْعُ، والإِجَارَةُ، والكِتَابَةُ، والخُلْعُ، والعِتْقُ عَلىٰ مالٍ، والصُّلْحُ عَن دمِ العَمْدِ، والنِّكَاحُ، والرَّهْنُ.

ثمَّ كلُّ واحدةٍ منْها على وجْهَيْنِ: إمَّا أنْ يَدَّعِيَ هذا ويُنْكِرَ[٢] الآخرُ، أوْ يَدَّعِي الآخرُ ويُنْكِر هذا، وقدِ استَوْفَيْنا بيانَ جملةِ ذلكَ عَن «شرح الطَّحَاوِيّ ﷺ» عندَ

(١) ينظر: المصدر السابق [ص/ ٣٩٣ ـ ٣٩٤].

(٢) وقع بالأصل: «أوْ يُنْكِر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

الْخُلْعُ وَالْإِعْتَاقُ عَلَىٰ مَالٍ وَالصُّلْحُ عَنْ دَمِ الْعَمْدِ إذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الْمَرْأَةَ أَوْ الْعَبْدَ أَوْ الْقَاتِلَ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ إثْبَاتُ الْعَقْدِ وَالْحَاجَةُ مَاسَّةٌ إلَيْهِ، وَإِنْ كَانَتْ الدَّعْوَىٰ مِنْ جَانِبٍ آخَرَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَىٰ الدَّيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَا مِنْ الْوُجُوهِ لِأَنَّهُ ثَبَتَ الْعَفْوُ وَالْعِتْقُ وَالطَّلَاقُ بِاعْتِرَافِ صَاحِبِ الْحَقِّ فَبَقِيَ الدَّعْوَىٰ فِي الدَّيْنِ

قوله: (وَيُعْتَبَرُ اتِّفَاقُ الشَّاهِدَيْنِ فِي اللَّفْظِ وَالْمَعْنَىٰ)، ومعَ هذا نذْكُرُ ما يَقتضِيهِ الموضعُ.

أمَّا البَيْعُ: إذا ادَّعَىٰ البَائِعُ وأنكرَ المُشْتَرِي، أوِ ادَّعَىٰ المُشْتَرِي وأنكرَ البَائِعُ؛ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ إذا شَهِدَ أحدُهما علىٰ ألفٍ، والآخرُ على ألفَيْنِ، أوْ شَهِدَ أحدُهما علىٰ ألفٍ والآخرُ علىٰ ألفٍ وخمسِ مئةٍ، سواءٌ ادَّعَىٰ الأقلَّ أوِ الأكثرَ؛ لأنَّ الخلافَ وقَعَ بينَ الشَّاهدَيْنِ في العَقْدِ، فكلُّ واحدٍ منهما شَهِدَ علىٰ عَقْدٍ غيرِ ما شَهِدَ عليهِ الآخرُ، فاختلَفَ المشهودُ بِهِ؛ فلَمْ يَتِمَّ علىٰ كلِّ عَقْدٍ نِصَابُ الشَّهَادَةِ؛ فلَمْ تُقْبَلِ الشَّهَادَةُ.

وإنَّما قُلْنا: إنَّ الاختِلافَ وقَعَ في العَقْدِ؛ لأنَّ دعْوىٰ البَيْعِ أوِ الشِّرَاءِ قبْلَ تَسليمِ دعْوىٰ العَقْدِ، وهوَ يختلِفُ باختِلافِ البدَلِ، فإذا اختلفَ الشاهدانِ؛ لَمْ يَثْبُتْ أحدُ العقديْنِ.

وأمَّا الإجَارَةُ: فإنْ كانتِ الدَّعوىٰ في أوَّلِ المُدَّةِ قبْلَ اسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ، واختلفَ الشاهدانِ؛ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ كما في البَيْعِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ إثباتُ العَقْدِ، وقدِ اختلَفَ باختِلافِ البدَلِ.

وإنْ كانتْ بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ واسْتِيفَاءِ المَنْفَعَةِ، والمُدَّعِي هوَ المُؤَاجِرُ؛ فهوَ دعْوىٰ المالِ، فإنْ شَهِدَ أحدُهما علىٰ ألفٍ، والآخرُ علىٰ ألفٍ وخمسِ مئةٍ، والمُؤَاجِرُ ادَّعَىٰ الزِّيَادَةَ؛ جازتِ الشَّهَادَةُ علىٰ الألفِ؛ لأنَّ المُدَّةَ إذا انقضَتْ تكونُ

وَفِي الرَّهْنِ، إنْ كَانَ الْمُدَّعَىٰ هُوَ الرَّهْنَ لَا يُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا حَظَّ لَهُ فِي الرَّهْنِ فَعَرِيَتْ الشَّهَادَةُ عَنْ الدَّعْوَىٰ، وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَهِنَ فَهُوَ بِمَنْزِلَةِ دَعْوَىٰ الدَّيْنِ.

وَفِي الْإِجَارَةِ إنْ كَانَ ذَلِكَ فِي أَوَّلِ الْمُدَّةِ فَهُوَ نَظِيرُ الْبَيْعِ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ وَالْمُدَّعِي هُوَ الْآجِرُ فَهُوَ دَعْوَىٰ الدَّيْنِ.

غاية البيان

المُنَازَعَةُ في وجوبِ الأجْرِ.

فصارَ كرَجُلٍ ادَّعَىٰ علىٰ رَجُلٍ دَيْنًا [٥/٣٨٣ظ/م]، فشَهِدَ أحدُهما علىٰ ألفٍ، والآخرُ علىٰ ألفٍ وخمسِ مئةٍ؛ جازَتْ شهادتُهما علىٰ الأقلِّ، وإنْ شَهِدَ أحدُهما علىٰ ألفٍ، والآخرُ علىٰ ألفَيْنِ؛ لا تُقْبَلُ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهما: تُقْبَلُ علىٰ الأقلِّ، فكذلِكَ هُنا، وإنْ كانَ المُدَّعِي هوَ المُسْتَأْجِر فَهذا دعْوىٰ العَقْدِ بالإجْماعِ.

وأمَّا الخُلْعُ، والصُّلْحُ عَن دمِ العَمْدِ، والعِتْقُ علىٰ مالٍ: فإنْ كانَ الدَّعْوىٰ مِن العبدِ والمرأةِ والقاتلِ؛ لا تُقْبَلُ الشَّهادَةُ إذا اختلَفَ الشَّاهدانِ في البدلِ؛ لأنَّ الغرضَ إثباتُ العَقْدِ، وإنْ كانَ المُدَّعِي هوَ الزوجَ أو المَوْلَىٰ[1] أوْ وَلِيَّ القِصَاصِ [٢/٢٧٠و]؛ جازَتِ الشَّهادَةُ علىٰ الأقلِّ؛ لأنَّه دعْوىٰ المالِ، وذلكَ لأنَّ العِتْقَ والعفوَ والطَّلاقَ وقَعَ باعتِرافِ هؤُلاءِ، فبَقِيَ الدَّعْوىٰ في وجوبِ المالِ، فصارَ الكلامُ فيهِ كالكلامِ في الإجَارَةِ بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ.

وأمَّا الكِتَابَةُ: فإنِ ادَّعَىٰ المَوْلَىٰ والمُكَاتَبُ مُنْكِرٌ لا يُلْتَفَتُ إلىٰ شهادتِهما؛ لأنَّ الدَّعْوىٰ لا تُفيدُ؛ لأنَّ العبدَ مُتَمَكِّنٌ مِن الفَسْخِ، ولأنَّ العِتْقَ لا يَثْبُتُ قبلَ الأداءِ، فكانَ المَقْصُودُ إثباتَ العَقْدِ، وإنِ ادَّعَىٰ المُكَاتَبُ: فَهذا دعْوىٰ العَقْدِ لا تُقبَلُ الشَّهادَةُ إذا اختلَفَ الشَّاهدانِ في بدلِ الكِتَابَةِ، كما في البَيْعِ والشِّراءِ.

وأمَّا النِّكاحُ: فإنْ كانَ الزَّوجُ يَدَّعِي، والمرأةُ مُنْكِرةٌ، واختلَفَ الشاهدانِ في

(١) وقع بالأصل: «والمَوْلَىٰ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ (فَأَمَّا النِّكَاحُ فَإِنَّهُ يَجُوزُ بِأَلْفٍ اسْتِحْسَانًا، وَقَالَا: هَذَا بَاطِلٌ فِي النِّكَاحِ أَيْضًا) وَذَكَرَ فِي الْأَمَالِي قَوْلَ أَبِي يُوسُفَ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ.

لَهُمَا أَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي الْعَقْدِ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ الْجَانِبَيْنِ السَّبَبُ فَأَشْبَهَ الْبَيْعَ.

غاية البيان

المهْرِ؛ لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ؛ لأنَّ غرضَ الزَّوجِ إثباتُ العَقْدِ لا المالِ، فكانَ الاختلافُ في المهرِ[1] اختلافًا في العَقْدِ، فلا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، وإنْ كانتِ المرأةُ هيَ المدَّعِيَةَ؛ فهذا دعْوىٰ المالِ عِندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، حتَّىٰ لوِ ادَّعَتِ النِّكَاحَ بألفٍ وخمسِ مئةٍ، واختلفَ الشاهدانِ، فالنكاحُ جائزٌ [بألفٍ][2] عندَ أبي حَنِيفَةَ، وعندَهُما: لا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ، ولا يُقْضىٰ بِالنِّكَاحِ.

قالَ فخرُ الدِّين قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «وذكرَ في الدَّعْوىٰ مِنَ «الأمالي» قولَ أبي يوسُف معَ أبي حَنِيفَةَ».

وَجْهُ قولِهما: أنَّ المَقْصُودَ إثباتُ العَقْدِ، والنِّكَاحُ بألفٍ غيرُ النِّكَاحِ بألفٍ وخمسِ مئةٍ، فوقعَ الاختلافُ إذَنْ في المشهودِ بِه، كما في البَيْعِ، فَلا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ.

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المالَ تابعٌ في بابِ النِّكَاحِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ مِنَ النِّكَاحِ هوَ مِلْكُ البُضعِ، والازْدِوَاجُ والمالُ تابعٌ.

أَلَا تَرىٰ أنَّه يَنعقِدُ النِّكَاحُ بِلا تسميةِ المهرِ، ويمْلِكُ النِّكَاحَ مَن لا يَمْلِكُ التصرُّفَ في المالِ، كالأخِ والعمِّ، وقدِ اتَّفَقَ الشَّاهدانِ علىٰ الأصلِ ـ وهوَ مِلْكُ البُضْعِ ـ فيُقْضىٰ بذلِكَ ولا يُنْظَرُ [٥/٣٨٤و/م] إلىٰ الاختِلافِ في التَّبَعِ وهوَ المالُ، لأنَّ حُكْمَ التَّبعيَّةِ ألَّا تُغيِّرَ الأصلَ.

---

(١) وقع بالأصل: «في المال». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ - رحمه الله - أَنَّ الْمَالَ فِي النِّكَاحِ تَابِعٌ، وَالْأَصْلُ فِيهِ الْحِلُّ وَالِازْدِوَاجُ وَالْمِلْكُ وَلَا اخْتِلَافَ فِي مَا هُوَ الْأَصْلُ فَيَثْبُتُ، ثُمَّ إِذَا وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي التَّبَعِ يُقْضَىٰ بِالأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا عليه، فَيَسْتَوِي دَعْوَىٰ أَقَلِّ المَالَيْنِ وَأَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ.

غاية البيان

ألا تَرىٰ أَنَّ العَقْدَ لا يَفْسُدُ بِفَسادِ المهْرِ، وَلا يَبْطُلُ بِنَفْيِه، فكذلِكَ لا يَختلِفُ باختِلافِه، فإذا لَمْ يختلِفِ الأصلُ باختِلافِ التَّبعِ؛ بقِيَ المهْرُ منفرداً، فيُقْضىٰ بأقلِّ المقدارَيْنِ؛ لأنَّهما اتَّفَقا عليْهِ، وهُوَ مُتيَقَّنٌ، كَما في دعْوىٰ المالِ، بِخلافِ البَيْعِ؛ لأنَّ البَدَلَ ثَمَّةَ أصلٌ كالمَبيعِ، ولِهذا لا يَصحُّ بِدونِ ذِكْرِ الثَّمَنِ، فكانَ ذَلِكَ دَعوَىٰ العَقْدِ.

وَأَمَّا الرَّهْنُ: فَإِنِ ادَّعَىٰ الرَّاهِنُ وَاختلَفَ الشَّاهِدانِ؛ لا تُقبَلُ الشَّهادَةُ؛ لأنَّه لا حَظَّ لَهُ في الرَّهْنِ؛ لأنَّ حِفْظَ الرَّهْنِ لِلمُرْتَهِنِ، فكانتِ الشَّهادَةُ بِلا دَعْوىٰ، فَلا تُقبَلُ؛ لأنَّ الدَّعْوىٰ لَمْ تُوجَدْ مِنَ المُرْتَهِنِ.

وإنِ ادَّعَىٰ المُرْتَهِنُ فشَهِدَ أحدُهما علىٰ ألْفٍ والآخَرُ علىٰ ألفٍ وخمْسِ مئةٍ؛ جازتْ شهادتُهما علىٰ الأقلِّ؛ لأنَّ الاختِلافَ وقَعَ في وُجوبِ الدَّيْنِ، والدَّيْنُ يصحُّ بغيرِ رهْنٍ، فيُقْضَىٰ بِشهادتِهما علىٰ الأقلِّ، كما في الدَّيْنِ.

قولُه: (يُقْضَىٰ بِالأَقَلِّ لِاتِّفَاقِهِمَا)، أيْ: يُقْضَىٰ بِالنِّكاحِ بأقلِّ المقْدارَيْنِ؛ لاتِّفاقِ الشَّاهدَيْنِ علىٰ ذلِكَ.

قولُه: (فَيَسْتَوِي دَعْوَىٰ أَقَلِّ المَالَيْنِ وَأَكْثَرِهِمَا فِي الصَّحِيحِ[1]).

قيلَ: فيهِ نَظَرٌ، فيَنبَغي أنْ يكونَ الجوابُ فيهِ كالجوابِ في الدَّيْنِ، فإنِ ادَّعَىٰ الأكثرَ قُضِيَ بالأقلِّ، وإلَّا فَلا؛ لأنَّ مِلْكَ البُضْعِ ثابتٌ بِلا اختِلافٍ، فبَقِيَ دعْوَىٰ

---

(1) وقع بالأصل: «ممّا في الصَّحيحِ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

ثُمَّ قِيلَ: لَا اخْتِلَافَ فِيمَا إِذَا كَانَتْ الْمَرْأَةُ هِيَ الْمُدَّعِيَةَ وَفِيمَا إِذَا كَانَ الْمُدَّعِي هُوَ الزَّوْجَ إِجْمَاعٌ عَلَى أَنَّهُ لَا تُقْبَلُ، لِأَنَّ مَقْصُودَهَا قَدْ يَكُونُ الْمَالَ وَمَقْصُودَهُ لَيْسَ إِلَّا الْعَقْدَ.

وَقِيلَ: الخِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ وَهَذَا أَصَحُّ وَالوَجْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ، والله أعلم.

غاية البيان

المالِ مُنفردًا، فصارَ كَدعوَى الدَّيْنِ، وقَدْ صَرَّحَ مُحمَّدٌ ﷺ بدعْوى الأكثرِ في رِوايةِ «الجامع الصغير»، وقدْ بيَّنَّاهُ قبْلَ هَذا.

قولُه: (وَقِيلَ: الخِلَافُ فِي الفَصْلَيْنِ، وَهَذَا أَصَحُّ) [٢/٢٧٠ظ]، أي: الخِلافُ بَينَ أَبي حَنِيفَةَ وصاحِبيْهِ ﷺ في الفَصليْنِ جَميعًا، يَعْني: فِيما إذا كَانَ مُدَّعِي النِّكَاحِ الرَّجُلَ أوِ المرأةَ.

وَلَنا في قولِه: (وَهَذَا أَصَحُّ)، نَظَرٌ؛ لِمَا أنَّهم لَمْ يذكُروا الخلافَ في «شروح الجامع الصغير»، وكذلِكَ لَمْ يذكرْه في «شرح الطَّحَاويِّ»، فيما إِذا كانَ المُدَّعِي هوَ الزَّوج، بَلْ قالوا: لا تُقْبَلُ الشَّهادَةُ؛ لأنَّ الاختِلافَ وقَعَ في العَقْدِ، وقَد مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَالوَجْهُ مَا ذَكَرْنَاهُ) أشارَ بِه إلى ما ذكرَ مِن دليلِ الطَّرفيْنِ عندَ قَولِه: (لَهُمَا أَنَّ هَذَا اخْتِلَافٌ فِي العَقْدِ) إلى آخرِ ما ذُكِرَ.

واللهُ أعلَمُ بِالصَّوابِ.

فَصْلٌ
فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الإِرْثِ

قَالَ: وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَىٰ دَارٍ أَنَّهَا كَانَتْ لِأَبِيهِ أَعَارَهَا، أَوْ أَوْدَعَهَا الَّذِي فِي يَدَيْهِ؛ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَلَا يُكَلَّفُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ وَأَصْلُهُ أَنَّهُ مَتَىٰ

غاية البيان

فَصْلٌ
فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الإِرْثِ

لَمَّا ذَكَرَ الشَّهَادَةَ الَّتي تَتعلَّقُ بِحالِ الحياةِ: شَرَعَ في الشَّهَادَةِ المتعلِّقةِ بِحالِ المماتِ؛ لأنَّ الموتَ يتْلُو الحياةَ، فَناسَبَ وَضْعَ ما يتعلَّقُ بالموتِ عَقِيبَ ذلكَ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَقَامَ بَيِّنَةً عَلَىٰ دَارٍ أَنَّهَا كَانَتْ لِأَبِيهِ أَعَارَهَا، أَوْ أَوْدَعَهَا الَّذِي فِي يَدَيْهِ؛ فَإِنَّهُ يَأْخُذُهَا وَلَا يُكَلَّفُ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ)، أيْ: قالَ [٥/٣٨٤ظ/م] في «الجامع الصغير».

وصورتُها في «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﵁ قالَ: إِذا شَهِدوا فَقالوا: نَشهَدُ أَنَّ هَذا كانَ فِي يَدَيْ فُلانٍ، مَاتَ وهُوَ في يدَيْهِ؛ جازَ ذَلِكَ، وَإِنْ قالوا لرَجُلٍ [حَيٍّ][1]: نشْهَدُ أَنَّ هذا كَانَ في يدَيْهِ منذُ شَهرٍ، أوْ منذُ سَنَةٍ؛ كانَ باطِلًا»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في «أصْل الجامع الصغير»، وهذا هُوَ ظاهِرُ الرِّوايةِ عَن أصْحابِنا.

ورَوىٰ هشامُ بنُ عبدِ اللهِ الرَّازِيُّ عَن أبي يوسُف: أنَّه تُقْبَلُ شَهادتُهم. كَذا ذكرَ الفقيهُ أَبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»، وَهذا الَّذي ذكَرَه ظاهِرٌ عَلىٰ قولِ أَبي يوسُفَ؛ لأنَّه لا يشْترِطُ الجَرَّ والانتِقالَ في الميرَاثِ؛ لأنَّ مِلْكَ المُورِّثِ إذا ثبتَ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٧].

ثَبَتَ مِلْكُ الْمُورَثِ لَا يَقْضِي بِهِ لِلْوَارِثِ حَتَّىٰ يَشْهَدَ الشُّهُودُ أَنَّهُ مَاتَ وَتَرَكَهَا مِيرَاثًا لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ﷺ، خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ - ﷺ -. هُوَ يَقُولُ:

غاية البيان

عندِ الموتِ؛ ثبتَ مِلْكُ الوَارِثِ.

وعندَهُما: يُشْتَرطُ الجَرُّ والانتقالُ في المِيرَاثِ؛ لأنَّ مِلْكَ الوَارِثِ مِلْكٌ متجدِّدٌ؛ بدليلِ أنَّ ما كانَ صَدقةً على المُورِّثِ يَحِلُّ للوَارِثِ وإنْ كانَ غَنيًّا، فلمَّا كانَ مِلكُه متجدِّدًا؛ فَلا بُدَّ مِن إثباتِ المِلْكِ لَه ابتِداءً، وذلِكَ بِالجَرِّ والانتِقالِ، بأنْ يقولَ الشُّهودُ: نشهَدُ أنَّه ماتَ وترَكَ هذا الشيءَ ميراثًا لِهذا، ولكِن لَمَّا أثبتَ الشهودُ يدَ المُورِّثِ عندَ الموتِ، بأنْ شهِدوا علىٰ أنَّه ماتَ وهذا الشيءُ في يديهِ، أثبتوا المِلْكَ لَه عندَ الموتِ؛ لأنَّ اليدَ حينئذٍ تَصيرُ يدَ مِلْكٍ بالضَّمانِ، والأَمَانَةُ مَضْمُونَةٌ عندَ الموتِ بالتَّجهيلِ، فلوْ شهِدوا علىٰ المِلْكِ عندَ الموْتِ؛ جازَ وأغْنَىٰ عنِ الجَرِّ والانتِقالِ؛ لأنَّ المِلْكَ عندَ الموتِ سببُ التَّوريثِ، فكذا إذا شهِدوا علىٰ اليدِ عندَ الموْتِ، فَصارَ كأنَّهم[1] شهِدوا علىٰ أنَّه مَاتَ وترَكَه ميراثًا.

ويدُ المُسْتَعِيرِ والمُسْتَوْدَعِ كيدِ المُعِيرِ والمُودِعِ؛ لأنَّهما نائبانِ عنْهما، بخِلافِ ما إذا شهِدوا أنَّ هذا الشَّيءَ كانَ في يدِ هذا المُدَّعِي منذُ شهرٍ، حيثُ لا تُقْبَلُ شهادتُهم في ظاهِرِ الرِّوايةِ، خِلافًا لِمَا رُوِيَ عَن أَبي يوسُفَ[2].

وَجْهُ قولِه: أَنَّ اليَدَ مَقصودَةٌ كالمِلْكِ، ولوْ شهِدوا أنَّ هذا الشَّيءَ كانَ مِلْكَه بالأمْسِ؛ تُقْبَلُ، فكذا إذا شهِدوا أنَّه كانَ في يدِه بالأمْسِ، وذلِكَ لأنَّ هذا الشَّيءَ مَتىٰ ثبتَ أنَّه كانَ في يديْهِ؛ ثبتَ أنَّ يدَ المُدَّعَىٰ عليْه حادِثةٌ، فيُؤمَرُ بِالإعادةِ إليْه، كما لوْ أقرَّ المُدَّعَىٰ عليْه بِكَونِ الشَّيءِ في يدِ المُدَّعِي، وكما لوْ شهِدوا أنَّه كانَ في يدِ فُلانٍ يومَ مَاتَ، أوْ شهِدوا بِالأخذِ مِنَ المُدَّعِي.

(١) وقع بالأصل: «فصار على أنهم». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».
(٢) ينظر: شرح الجامع الصغير لقاضيخان [ق/ ١٩٧].

إنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ مِلْكُ الْمُورَثِ فَصَارَتْ الشَّهَادَةُ بِالْمِلْكِ لِلْمُورَثِ شَهَادَةٌ بِهِ لِلْوَارِثِ، وَهُمَا يَقُولَانِ: إنَّ مِلْكَ الْوَارِثِ مُتَجَدِّدٌ فِي حَقِّ الْعَيْنِ حَتَّىٰ يَجِبَ عَلَيْهِ

غاية البيان

وَوَجْهُ الظَّاهِرِ: أنَّ يدَ المُدَّعِي زائلةٌ للحالِ، فَلا يُؤمَرُ بالإعادةِ إليْهِ إلَّا عندَ التيَقُّنِ بِكوْنِ الشَّيءِ حقًّا له [٢٧١/٢و]، ولَمْ يُتيَقَّنْ بذلِكَ؛ لأنَّ الأيدِيَ مُختلفةٌ: يدُ مِلْكٍ، ويدُ عَارِيَّةٍ، ويدُ وَدِيعَةٍ، ويدُ غَصْبٍ، وغيرِ ذلِكَ، وحُكْمُها مختلفٌ، بعضُها يُوجِبُ [٥/٣٨٥و/م] الإعادةَ، وبعضُها لا، فإذا كانتِ الأيْدِي مُختلِفةً؛ كانَتِ الشَّهَادَةُ علىٰ اليَدِ[1] شَهَادَةً علىٰ المَجْهُولِ، فلَمْ تجِبِ الإعادةُ إلىٰ يدِ المُدَّعِي بالشَّكِّ.

بخِلافِ الشَّهَادَةِ علىٰ اليَدِ عِندَ الموْتِ؛ لأنَّها شَهادَةٌ علىٰ المَعْلُومِ؛ لأنَّ اليدَ عِندَ الموتِ تَصيرُ واحدةً؛ لأنَّها تَصيرُ يدَ مِلْكٍ بواسطةِ الخلْطِ والتَّجهيلِ، وبخِلافِ ما إذا أقرَّ المُدَّعَىٰ عليْهِ بأنَّ اليدَ كانَ للمُدَّعِي؛ إذِ الإقْرَارُ بالشَّيءِ المَجْهُولِ صَحيحٌ، بخِلافِ الشَّهَادَةِ بالمجْهولِ، وبخِلافِ ما إذا شهِدوا علىٰ إقْرَارِ المُدَّعَىٰ عليْه أنَّه أخذَ مِنَ المُدَّعِي؛ لأنَّ الأخذَ مُوجِبٌ للرَّدِّ شرعًا؛ لقولِه ﷺ: **«عَلَىٰ اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّىٰ تَرُدَّ»**[2].

أوْ نقولُ: إنَّ يدَ صاحبِ اليدِ ثابتةٌ بالمُعاينةِ، وقدْ شهِدوا للمُدَّعِي بالخبرِ، وليْسَ الخبَرُ كالمُعَايَنةِ، فَلا يَجوزُ نقْضُ اليدِ الَّتي ثبتَتْ بالمُعَايَنةِ بِما ثبتَ بالخبرِ، وقدْ شهِدوا علىٰ مَجْهُولٍ كما ذكَرنا.

وذَكَرَ في **«الشامل»** في قِسْمِ **«المبسوط»** في بابِ الدَّعوَىٰ في المِيرَاثِ مِن كتابِ الدَّعوىٰ لِقبولِ الشَّهادَةِ علىٰ الإرْثِ شَرائطَ:

منْها: أنْ يشْهدوا أنَّه كان لمُورِّثه، حتَّىٰ لَوْ قالوا: إنَّه لمُورِّثه لا تُقبلُ؛ لأنَّ

(١) في «غ»: «الشَّهَادَة علىٰ اليد عند الموت».

(٢) مضىٰ تخريجه.

الِاسْتِبْرَاءُ فِي الْجَارِيَةِ الْمَوْرُوثَةِ، وَيَحِلُّ لِلْوَارِثِ الْغَنِيِّ مَا كَانَ صَدَقَةً عَلَى الْمُورَثِ الْفَقِيرِ فَلَا بُدَّ مِنَ النَّقْلِ، إِلَّا أَنَّهُ يَكْتَفِي بِالشَّهَادَةِ عَلَى قِيَامِ مِلْكِ

المُورِّثِ إنْ كانَ حيًّا فالمدَّعِي ليسَ بخَصْمٍ، وإنْ كانَ ميتًا فإثباتُ المِلْكِ للميِّتِ حالًا محالٌ.

ومنْها: أنْ يُدرِكوا الميتَ؛ لأنَّ الشَّهادَةَ على المِلْكِ بالتَّسامُعِ لا تَصحُّ.

ومنْها: أنْ يُبيِّنوا[1] وَجْهَ الِاسْتِحْقَاقِ حتَّى لوْ قالوا: أخوهُ ماتَ وترَكَه مِيراثًا؛ لا تُقبَلُ ما لَمْ يَقولوا: أخوهُ لأبيهِ، أوْ لأُمِّه، أوْ لهُما؛ لأنَّ الإرْثَ يَختلِفُ باختِلافِ الجِهاتِ.

ومنْها: أنْ يَجُرُّوا المِلْكَ إليْه حتَّى لوْ قالوا: كانَ لأبيهِ، ولَمْ يَقولوا: ماتَ وترَكَه مِيراثًا، أوْ يَقولوا: كانَ لِجدِّه، ولَمْ يَقولوا: ماتَ وترَكَه ميراثًا لأبيهِ، ثُمَّ أبوهُ ماتَ فترَكَه ميراثًا؛ لا يُقبَلُ.

وعندَ أبي يوسُفَ آخِرًا: ليسَ بِشَرْطٍ أن يَقولوا: ماتَ وترَكَه ميراثًا، غيرَ أنَّه يُسألُ البيِّنَةَ عَن عدَدِ الورَثةِ للقَضاءِ.

لأبي يوسُفَ: أجمَعْنا أنَّه لوْ أقامَ البيِّنَةَ أنَّ المُدَّعَى عليْه أقرَّ بأنَّه كانَ لأبيهِ؛ يُقْضَى لَه وإنْ لَمْ يَقولُوا: ماتَ وترَكَه مِيراثًا، كذلِكَ هُنا.

ولهُما: أنَّه لا يَصيرُ خصْمًا معَ المُدَّعَى علَيْهِ إلَّا بِجَرِّ المِلْكِ، والشَّهادَةُ لا حُكْمَ لها إلَّا علَى خصْمٍ، بِخلافِ مَسألةِ الإقْرارِ؛ لأنَّه يَثبُتُ الحُكْمُ بنفسِه، فَيصيرُ خصْمًا بدونِ الجَرِّ.

---

(١) وقع بالأصل: «يثبتوا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٢٨٥/أ/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

الْمُورِثِ وَقْتَ الْمَوْتِ لِثُبُوتِ الِانْتِقَالِ ضَرُورَةً، ....

فإنْ شهِدوا أنَّه كانَ لأبيهِ ترَكَه ميراثًا له، ولَمْ يَقولوا: لا نَعلَمُ لَه وارِثًا سِواهُ، فإنْ كانَ [٥/٣٨٥ط/م] هُو ممَّنْ يَرِثُ في حالٍ دونَ حالٍ؛ لا يُقْضَىٰ؛ لأنَّه يحتملُ أنْ لا اسْتِحْقَاقَ لَه، وإنْ كانَ ممَّنْ يَرِثُ علىٰ كلِّ حالٍ؛ يَحْتاطُ وينْظُرُ القاضي، ثمَّ يقْضِي بكُلِّه لَه.

أمَّا النَّظرُ: فاحتِياطٌ، وأمَّا الدَّفعُ: فَلأنَّ سببَ الاسْتِحْقَاقِ ظهَرَ ولا مُزاحِمَ.

وفِي الزَّوجِ والزَّوجةِ: يُقْضَىٰ بأقلِّ النَّصيبَيْنِ: الرّبعِ والثُّمنِ عِندَ أَبي حَنيفَةَ وأَبي يوسُفَ.

وقالَ مُحمَّدٌ ـ وهُو رِوايةٌ عَن أَبي حَنِيفَةَ ـ بأكثرِهِما؛ لأنَّ الأَصلَ: الكمالُ، والنُّقْصَانُ عارِضٌ.

وأَبو يوسُف يَقولُ: الأقلُّ يَقينٌ، والأكْثرُ شكٌّ، فلا يُصارُ إليْهِ.

وَلَيسَ الأَصلُ ألَّا[1] يكونَ لَه وَارِثٌ، ويأخذُ القاضي كَفِيلًا بما يدفعُ عندَهما احتياطًا.

وعندَ أَبي حَنِيفَةَ: لا يأخذُ. قالَ: أرأيتَ لوْ لَمْ يَجِدْ كَفِيلًا ألَا أدفعُ إليْهِ حَقَّه، فإنْ قالوا: لا نعلَم لَه وارِثًا بِهذا الموضِعِ؛ يَكْفِي عندَ أَبي حَنِيفَةَ، وعندَهُما: لا يَكْفِي؛ لأنَّه لا يَتَبَيَّنُ أنْ لا وَارِثَ بمَوضعٍ آخرَ.

ولأَبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: ما رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قالَ لِلشَّاهدَيْنِ علىٰ الإِرْثِ [٢/٢٧١ظ]: «هَلْ تَعْلَمُونَ لَهُ وَارِثًا غَيْرَهُ فِيكُمْ؟»[2]، ولأنَّ الشُّهودَ يَقِفونَ علىٰ ما

---

(١) وقع بالأصل: «أن يكون». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٢٨٥/أ/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

(٢) لَمْ نظْفَر به بعد التتبُّع بهذا اللفظ. والمشهور في هذا الباب: ما أخرجه: أبو داود في كتاب الفرائض/=

وَكَذَا عَلَىٰ قِيَامِ يَدِهِ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ إن شاء الله، وَقَدْ وُجِدَتْ الشَّهَادَةُ عَلَى الْيَدِ فِي مَسْأَلَةِ الْكِتَابِ لِأَنَّ يَدَ الْمُسْتَعِيرِ وَالْمُودَعِ وَالْمُسْتَأْجِرِ قَائِمَةٌ مَقَامَ يَدِهِ فَأَغْنَىٰ ذَلِكَ عَنْ الْجَرِّ وَالنَّقْلِ. [٥٥/و]

قال: وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ مَاتَ وَهِيَ فِي يَدِهِ جَازَتْ الشَّهَادَةُ) لِأَنَّ الْأَيْدِي عِنْدَ الْمَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ بِوَاسِطَةِ الضَّمَانِ وَالْأَمَانَةُ تَصِيرُ مَضْمُونَةً بِالتَّجْهِيلِ فَصَارَ بِمَنْزِلَةِ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ قِيَامِ مِلْكِهِ وَقْتَ الْمَوْتِ.

غاية البيان

عِندَهُم لا غيرُ، فَلا يُؤخَذُ علَيهِم غيرُه»[1]. إلىٰ هُنا لَفظُ «الشَّامِل».

وقالَ قاضي خان في «شرح الجامع الصَّغير»: «فالحاصلُ عِندَ أَبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ: لا يُقْضَىٰ للوَارِثِ ما لَمْ يشْهَدوا علىٰ الانتِقالِ نَصًّا، أوْ عَلىٰ المِلْكِ عِندَ الموتِ، أوْ عَلىٰ ما يقومُ مَقامَ المِلْكِ، وهوَ اليدُ عِندَ المَوْتِ»[2].

قولُه: (وَكَذَا عَلَىٰ قِيَامِ يَدِهِ)، أَي: يُكْتَفَىٰ بالشَّهادةِ علىٰ قيامِ يدِه عِندَ الموْتِ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا نَذْكُرُهُ)، إشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَه بقوْلِه: (لِأَنَّ الأَيْدِيَ عِنْدَ المَوْتِ تَنْقَلِبُ يَدَ مِلْكٍ).

قولُه: (وَإِنْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ فُلَانٍ)، أيْ: في يدِ أَبيهِ، وبِه صَرَّحَ

= باب في ميراث ذوي الأرحام [رقم/ ٢٩٠٤]، والنسائي في «السنن الكبرىٰ» في كتاب الفرائض/ توريث ذوي الأرحام دون الموالي [رقم/ ٦٣٩٤]، وأحمد في «المسند» [٥/ ٣٤٧]، وغيرهم من طريق: ابْنِ بُرَيْدَةَ، عَنْ أَبِيهِ، قَالَ: مَاتَ رَجُلٌ مِنْ خُزَاعَةَ، فَأُتِيَ النَّبِيُّ ﷺ بِمِيرَاثِهِ، فَقَالَ: «الْتَمِسُوا لَهُ وَارِثًا، أَوْ ذَا رَحِمٍ»، فَلَمْ يَجِدُوا لَهُ وَارِثًا، وَلَا ذَا رَحِمٍ، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «أَعْطُوهُ الْكُبْرَ مِنْ خُزَاعَةَ»، لفظ أبي داود.

قال العينيُّ: «إسناده جيد». ينظر: «نخب الأفكار شرح المعاني والآثار» للعَيْنِيِّ [١٦/ ٢٨٥].

(١) ينظر: «الشامل في شرح المجرد» لشمس الأئمة البيهقي [ق٢٨٥/أ/ مخطوط مكتبة وليّ الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٣٤٠)].

(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/ ١٩٧].

وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ: نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي مُنْذُ أَشْهُرٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ، وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهَا تُقْبَلُ لِأَنَّ الْيَدَ مَقْصُودَةٌ كَالْمِلْكِ؛ وَلَوْ شَهِدُوا أَنَّهَا كَانَتْ مِلْكَهُ تُقْبَلُ فَكَذَا هَذَا صَارَ كَمَا إِذَا شَهِدُوا بِالْأَخْذِ مِنَ الْمُدَّعِي. وَجْهُ الظَّاهِرِ وَهُوَ قَوْلُهُمَا أَنَّ الشَّهَادَةَ قَامَتْ بِمَجْهُولٍ لِأَنَّ الْيَدَ مُنْقَضِيَةٌ وَهِيَ مُتَنَوِّعَةٌ إِلَى مِلْكٍ وَأَمَانَةٍ وَضَمَانٍ فَتَعَذَّرَ الْقَضَاءُ بِإِعَادَةِ الْمَجْهُولِ، بِخِلَافِ الْمِلْكِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ غَيْرُ مُخْتَلِفٍ، وَبِخِلَافِ الْآخِذِ لِأَنَّهُ مَعْلُومٌ وَحُكْمُهُ مَعْلُومٌ وَهُوَ وُجُوبُ

غاية البيان

الصَّدرُ الشَّهيدُ في «**شرْح الجامع الصَّغير**»[1] حيثُ قالَ: وإنْ شهِدوا أنَّها كانَتْ في يدِ أَبيهِ ماتَ وهِيَ في يديْهِ؛ جازَتِ الشَّهَادَةُ؛ لأنَّهمْ لَمَّا شهِدوا باليَدِ له وَقْتَ الموْتِ؛ فقَدْ شهِدوا بِالمِلْكِ له وَقْتَ الموْتِ؛ لأَنَّ يدَهُ لا تخْلو: إمَّا أنْ تكونَ يدَ مِلْكٍ، أوْ يدَ غَصْبٍ، أوْ يدَ أَمَانَةٍ:

فإنْ كانَتْ يدَ مِلْكٍ: فَلا شَكَّ.

وإنْ كانَتْ يدَ غَصْبٍ: تَصيرُ يدَ مِلْكٍ بِالضَّمَانِ.

وإنْ كانَتْ يدَ أَمَانَةٍ: تَصيرُ يدَ غَصْبٍ بالتَّجهيلِ، فتَصيرُ يدَ مِلْكٍ، دلَّ أنَّهم شهِدوا بِالمِلْكِ لَه وَقْتَ المَوْتِ، فيَثْبُتُ النقلُ إلى الورثةِ بِالضَّرورَةِ.

ورُوِيَ عَنِ الحسَنِ: أنَّها لا تُقْبَلُ؛ لأنَّهم شهِدوا [٥/٣٨٦و/م] بيدٍ مُنْقَضِيةٍ[2].

والأصحُّ: أنَّها تُقْبَلُ؛ لِمَا مَرَّ مِن الجوابِ.

قولُه: (وَإِنْ قَالُوا لِرَجُلٍ حَيٍّ: نَشْهَدُ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي مُنْذُ أَشْهُرٍ؛ لَمْ تُقْبَلْ).

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص/ ٤٧٢].

(٢) في «غ»، و«م»: «مقتضية».

الرَّدَّ، وَلِأَنَّ يَدَ ذِي الْيَدِ مُعَايِنٌ وَيَدُ الْمُدَّعِي مَشْهُودٌ بِهِ، وَلَيْسَ الْخَبَرُ كَالْمُعَايَنَةِ.

وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ دُفِعَتْ إِلَى الْمُدَّعِي؛ لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ.

وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهَا كَانَتْ فِي يَدِ الْمُدَّعِي دُفِعَتْ إِلَيْهِ) لِأَنَّ الْمَشْهُودَ بِهِ هَاهُنَا الْإِقْرَار وَهُوَ مَعْلُومٌ، والله أعلم.

غاية البيان

وَأرادَ بِالمدَّعِي: الرَّجُلَ الحَيَّ المذْكورَ، وإنَّما قَيَّدَ بالحَيِّ؛ لأنَّهم إذا شهِدوا لميتٍ وَقالوا: إنَّها كانَتْ في يدِه وَقْتَ الموْتِ؛ تُقْبَلُ اتِّفاقًا.

قولُه: (وَإِنْ أَقَرَّ بِذَلِكَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ)، أيْ: أقَرَّ بأنَّ الدَّارَ كانَتْ في يدِ المُدَّعِي، وبيانُه مَرَّ قبْلَ هَذا.

قولُه: (لِأَنَّ الجَهَالَةَ فِي الْمُقَرِّ بِهِ لَا تَمْنَعُ صِحَّةَ الإِقْرَارِ)، وإنَّما يَجبُ عليْهِ بَيانُ ذلِكَ، كما إذا أقَرَّ أنَّ لِفلانٍ عليْهِ شَيئًا؛ يجِبُ عليْهِ بَيانُه.

قولُه: (وَهُوَ مَعْلُومٌ)، أيِ: المشهودُ بِه ـ وهوَ الإِقْرارُ ـ مَعْلُومٌ، والمَجْهُولُ هوَ المُقَرُّ بِه، والجَهالَةُ فيهِ ليْستْ بِمانعةٍ لصحَّةِ الإِقْرارِ.

والله أعلَمُ.

بَابُ
الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ

قَالَ: الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ لِشِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا، إِذْ شَاهِدُ الْأَصْلِ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ أَدَاءِ الشَّهَادَةِ لِبَعْضِ الْعَوَارِضِ، فَلَوْ لَمْ تَجُزْ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ أَدَّى إِلَى إِتْوَاءِ الْحُقُوقِ،

غاية البيان

بَابُ
الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ

لَمَّا فَرَغَ مِن شَهَادَةِ الأصلِ: شرَعَ في شَهَادَةِ الفَرْعِ؛ لأنَّ الفرعَ عَن الأصْلِ مُؤخَّرٌ وجُودًا، فأخَّرَه وضْعًا للتناسُبِ.

قولُه: (قَالَ: الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ جَائِزَةٌ فِي كُلِّ حَقٍّ لَا يَسْقُطُ بِالشُّبْهَةِ)، أيْ: قَالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

وأرادَ بكلِّ حقٍّ لا يسْقُطُ بالشُّبهةِ: غيرَ الحُدُودِ والقِصَاصِ، وهَذا الَّذي ذكَرَهُ استِحْسانٌ، والقِياسُ: ألَّا تجوزَ. كَذا في «شرْح الأقطع»[2].

وَجْهُ القياسِ: أنَّ الشَّهَادَةَ عبادةٌ وجَبَ أداؤُها على شاهِدِ الأصْلِ، فَلا يجوزُ أنْ يُقِيمَ غيرَه مقامَه، كالصَّلاةِ والصَّومِ وسائرِ العِبادَاتِ.

وَوَجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّ شاهِدَ الأصْلِ قدْ يعْجِزُ عَن أداءِ أَمَانَةِ الشَّهَادَةِ بنَفْسِه؛ لعُذْرِ الغَيْبةِ، أوِ المرضِ، أوِ الموْتِ، فلَو لَمْ تَجُزِ الشَّهَادَةُ علَى الشَّهَادَةِ؛ لتَوِيَتْ[3] حُقُوقُ النَّاسِ، إلَّا أنَّ في الشَّهَادَةِ علَى الشَّهَادَةِ شُبْهَةً مِن حيثُ إنَّها بدلٌ؛ لأنَّها

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠٠].

(٣) أي: هلكَتْ. والتَّوَى: التلَفُ والهَلاكُ. وقد تقدم التعريف بذلك.

وَلِهَذَا جَوَّزْنَا الشَّهَادَةَ عَلَى الشَّهَادَةِ وَإِنْ كَثُرَتْ، إِلَّا أَنَّ فِيهَا شُبْهَةً مِنْ حَيْثُ الْبَدَلِيَّةُ أَوْ مِنْ حَيْثُ إِنَّ فِيهَا زِيَادَةَ احْتِمَالٍ، وَقَدْ أَمْكَنَ الِاحْتِرَازُ عَنْهُ بِجِنْسِ

غاية البيان

قائمةٌ مَقامَ شَهادَةِ الأصْلِ، والأبدالُ لا مَدْخلَ لَها في الحُدُودِ والقِصَاصِ، فلَمْ تُقبَلِ الشَّهَادَةُ علىٰ الشَّهَادَةِ فيها، كشهادةِ الرِّجالِ معَ النِّساءِ.

وعَلَّلَ في «إشارات الأسرار»: بأنَّ التّهمةَ(١) في شَهَادَةِ الفُروعِ ثابتةٌ، وكَذا في شَهَادَةِ الأُصولِ، فكانتِ التّهمةُ مِنْ وَجْهَيْنِ، وقَدْ أمْكَنَ الاحْترازُ عَن هَذِه الزِّيَادَةِ(٢) [٢/٢٧٢ر]. في الجُملةِ، فلَمْ تُقْبَلْ هَذِه الشَّهَادَةُ فيما لا يَثْبُتُ معَ الشُّبهاتِ كالحُدودِ، وهَذا مذْهَبُنا.

وقالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله: تُقْبَلُ في [٥/٣٨٦ظ/م] القِصَاصِ وحَدِّ القَذْفِ(٣)، وفي بقيَّةِ الحُدُودِ لَه قَوْلانِ(٤). كذا في «شرح الأقطع»(٥).

احْتجَّ: بأنَّه حقُّ الآدَمِيِّ كَسائِرِ الحُقُوقِ، وجوابُه ما قُلْنا.

وقالَ الفَقيهُ أَبو اللَّيثِ في «خزانة الفقه»: «خَمسةُ أشياءَ لا تُقْبَلُ فيها الشَّهَادَةُ عَلىٰ الشَّهَادَةِ: كتابُ القاضي إلىٰ القاضي، وحَدُّ الزِّنَا، والسَّرِقَةِ، والقِصَاصِ، والقذفِ، وَحَدُّ شُرْبِ الخَمْرِ»(٦).

وقالَ في أَوَّلِ كتابِ الكَفَالَةِ مِن «الأجناس»: «قالَ محمَّدُ بنُ الحسَنِ رحمه الله

(١) أي: تهمة الكذب. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».
(٢) يعني: شهادة الأصول. كذا جاء في حاشية الأصل، و«تح»، و«م».
(٣) ينظر: «الأم» للشافعي [٧/٥٧٠]. و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٧/٢١٩]. و«التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/ ٢٧٢].
(٤) والأصح منهما: المنع. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [١٧/٢١٩]. و«روضة الطالبين» للنووي [١٠/٢٨٩].
(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠٠].
(٦) ينظر: «خزانة الفقه» لأبي الليث السمرقندي [ص/ ٣١٧].

الشُّهُودِ فَلَا تُقْبَلُ فِيمَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ كَالْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَىٰ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ.

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ إِلَّا الْأَرْبَعُ عَلَىٰ كُلِّ أَصْلٍ اثْنَانِ لِأَنَّ كُلَّ شَاهِدَيْنِ قَائِمَانِ مَقَامَ شَاهِدٍ وَاحِدٍ فَصَارَا كَالْمَرْأَتَيْنِ.

غاية البيان

في «نوادر[1] محمد بن رُسْتُم»: يَجوزُ في التَّعْزِيرِ: العفْوُ، وَالشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ».

قولُه: (وَتَجُوزُ شَهَادَةُ شَاهِدَيْنِ عَلَىٰ شَهَادَةِ شَاهِدَيْنِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

قالَ في «شرح الأقطع»: «والقياسُ: أنْ يكونَ شُهودُ الفَرعِ أَرْبعةً؛ علىٰ كُلِّ واحدٍ مِن شاهدَيِ الأصلِ اثْنانِ»[3].

وقالَ مالكٌ ﵀: «تَجوزُ الشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ في الحُدُودِ والحُقُوقِ كلِّها، وذلِكَ أنْ يَشْهدَ شاهدانِ عَلىٰ شَهَادَةِ شَاهدينِ يشْهدانِ جميعًا على شَهَادَةِ رَجُلٍ واحدٍ مِنَ الشَّاهدَيْنِ الأوَّلَيْنِ، ولا يصحُّ أنْ يَشْهدَ واحدٌ منهُما على شَهَادَةِ واحدٍ مِنَ الشَّاهدَيْنِ الأوَّلَيْنِ، والشَّهَادَةُ على الشَّهَادَةِ في الزِّنَا جائزةٌ، وذلِكَ أنْ يَشْهدَ أربعةٌ عَلىٰ شَهَادَةِ كُلِّ واحدٍ مِن شُهودِ الأصْلِ الأَربعةِ»[4]. إلىٰ هُنا لَفْظُ كتابِ «التفريع» لأصْحابِ مالكٍ ﵀.

وقالَ الشَّافِعِيُّ ﵀: ليشْهَدْ على كلِّ شاهدٍ شاهدانِ، فإنْ شَهِدَا على شهادتِهما جَميعًا؛ جازَ علىٰ أَقْيَسِ القَولَيْنِ. كذا ذكَرَ في «وجيزهم»[5].

---

(١) وقع بالأصل: «في فوائد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القادري» للأقطع [ق/ ٣٠٠].

(٤) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك» لابن الجلاب [٢/ ٢٤٨].

(٥) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/ ١١٧].

وَلَنَا قَوْلُ عَلِيٍّ - رضي الله عنه -: لَا يَجُوزُ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلٍ إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ، وَلِأَنَّ نَقْلَ شَهَادَةِ الْأَصْلِ مِنَ الْحُقُوقِ فَهُمَا شَهِدَا بِحَقٍّ ثُمَّ شَهِدَا بِحَقٍّ آخَرَ فَتُقْبَلُ.

﴿ غاية البيان ﴾

وعندَ أحمدَ بنِ حنبلٍ رحمه الله: إذا شَهِدَ كُلُّ واحدٍ مِن شهودِ الفَرعِ على واحدٍ مِن شهودِ الأصلِ؛ جازَ.

وقالَ بعضُ أصْحابِه[١]: لا يَثبُتُ حتّى يشهدَ أربعةٌ كلُّ اثْنينِ مِن شهودِ الفرعِ عَلى واحدٍ مِن شُهودِ الأصْلِ. كَذا في كتابِهِم المُسَمَّى بـ «المستوعب»[٢].

وَجْهُ مَن قَالَ بِجوازِ شَهَادَةِ واحدٍ عَلى واحدٍ: ظاهرٌ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِن الفَرعيْنِ قائمٌ مقامَ أصلٍ، فلوْ شَهِدَ الأصلانِ جازَ، فَكذا إذا شَهِدَ الفرعانِ.

وَوَجْهُ اشْتراطِ الأربعةِ في الفُروعِ: أنَّ كلَّ فرْعينِ قائِمانِ[٣] مقامَ أصلٍ واحدٍ، فلوْ شَهِدَ واحدٌ مِنَ الأصليْنِ على شَهَادَةِ نفسِه، وشَهِدَ معَ هذا عَلى شَهَادَةِ غيرِه؛ لا يجوزُ، فَكذا إذا شَهِدَ الفَرعانِ على شَهَادَةِ أصلٍ، ثمَّ شَهِدَا على شَهَادَةِ أصلٍ آخَرَ؛ لا يَجوزُ.

ولَنا: ما رَوَى أصْحابُنا رحمهم الله في كُتُبِهم عَن عَلِيٍّ رضي الله عنه أنّه قالَ: «لا يَجوزُ على شَهَادَةِ رَجُلٍ إلَّا شَهَادَةُ [٥/٣٨٧و/م] رجُلَيْنِ»[٤].

وَجْهُ الاستِدْلالِ بذلِكَ: أنَّ عليًّا رضي الله عنه يُجَوِّزُ شَهادَةَ الرَّجُلينِ على شَهادَةِ رَجُلٍ،

---

(١) وقع بالأصل: «بعض أصحابنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «المستوعب» لنصير الدين السامري [٢/٦٥٦].

(٣) وقع بالأصل: «قائمًا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) قال ابنُ أبي العز: «لا أصل لهذا الأثر في كُتُب الحديث». وقال الزيلعي: «غريب». وقال ابنُ حجر: «لم أجده، وعند عبد الرَّزّاق عن عليٍّ: «لا تجوز عَلَى شَهادة المَيِّت إلَّا رجُلان»». ينظر: «نصب الراية» للزيلعي [٤/١١٤]، و«التنبيه على مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٤/٥٣٠]. و«الدراية في تخريج أحاديث الهداية» لابن حجر [٢/١٧٣].

وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ علىٰ وَاحِدٍ؛ لِمَا رَوَيْنَا، ....

غاية البيان

ولَمْ ينفِ شَهادتَهما علىٰ شَهَادَةِ رَجُلٍ آخَرَ، ولَمْ يشْتَرِطْ أَنْ يكونَ بِإزاءِ كُلِّ أصلٍ فَرْعانِ علىٰ حِدَةٍ، فدَلَّ إطلاقُه علىٰ جوازِ شَهَادَةِ الفَرْعيْنِ جَميعًا علىٰ شَهَادَةِ الأصليْنِ، ولَمْ يُرْوَ عن غيرِ عَلِيٍّ خلافُه، فحلَّ محلَّ الإجْماعِ، ولأنَّ المشْهودَ بِه في حقِّ الفُروعِ شَهَادَةُ الأُصولِ، فَقامَتْ علىٰ شَهَادَةِ كُلِّ أصلٍ شَهادَةُ رَجُلَيْنِ، ولهذا اعْتُبِرَ لكلِّ أصلٍ فرْعانِ، فَقبولُ الشَّهَادَةِ في شيءٍ لا يَمْنَعُ قبولَها في موضعٍ آخَرَ، كما إذا شَهِدَ الاثْنانِ بحقٍّ، ثمَّ شَهِدَا بحقٍّ آخَرَ.

أَلَا تَرىٰ أنَّهما لوْ شَهِدَا علىٰ إِقْرَارِ رَجُلَينِ جازَ، ولأنَّ الاِسْتِحْقَاقَ يتعَلَّقُ [٢/٢٧٢ظ] بِشَهَادَةِ شُهودِ الأَصْلِ، وكلُّ قولٍ يتعَلَّقُ بهِ الاِسْتِحْقَاقُ يجوزُ أنْ يُنْقَلَ إلىٰ القاضي بِاثنينِ، أَصْلُه: الإِقْرَارُ، بخِلافِ ما إذا شَهِدَ شاهدُ الأصلِ علىٰ شَهادَةِ نفسِه، ثمَّ علىٰ شَهَادَةِ غيرِه، حيثُ لا يجوزُ؛ لئَلَّا يجتمعَ البدلُ والمُبْدَلُ، ومِثْلُ ذلكَ لا يُوجَدُ في مسألتِنا.

قولُه: (وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ وَاحِدٍ علىٰ وَاحِدٍ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1].

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ وأحمدُ[2] **والأَوْزَاعِيُّ**: يجوزُ[3]. كذا في «**شرْح الأقطع**».

ولَنا: ما رَوَيْنَا مِن حديثِ عَلِيٍّ آنفًا، وهوَ المُرادُ بقولِه في «**المتن**»: (لِمَا رَوَيْنَا)، ولأنَّه نَقْلُ قولِ الغيرِ إلىٰ القاضي، فلا يصحُّ نَقْلُ واحدٍ كما في الإِقْرَارِ.

وقالَ في قَسْم «المبسوط» مِن «الشامل»: «لا يجوزُ علىٰ شَهَادَةِ رَجُلٍ أقلُّ مِن شَهَادَةِ رَجُلينِ، أوْ رَجُلٍ وامرأتينِ؛ لأنَّ شَهادَته حقٌّ، فلا تَثْبُتُ إلَّا بِما هوَ حُجَّةٌ».

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ينظر: «المغني» لابن قدامة [١٠/١٩١]، و«المبدع في شرح المقنع» لابن مفلح [٨/٣٤١].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القادري» للأقطع [ق/ ٣٠٠].

وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ، وَلِأَنَّهُ حَقٌّ مِنَ الْحُقُوقِ فَلَا بُدَّ مِنْ نِصَابِ الشَّهَادَةِ.

قال: وَصِفَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الفَرْعِ: اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي: أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا، وَأَشْهَدَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ

غاية البيان

قولُه: (وَهُوَ حُجَّةٌ عَلَىٰ مَالِكٍ)، أي: حديثُ عَلِيٍّ حُجةٌ عليْه في تجويزِ شَهَادَةَ واحدٍ علىٰ واحدٍ.

ولَنا: في هذا النَّقلِ عنْ مالكٍ نَظَرٌ؛ لأنَّه لا يُجَوِّزُ شَهادَةَ واحدٍ علىٰ واحدٍ، وهوَ المشهورُ عنهُ، وقدْ مَرَّ بيانُ مذهبِه آنفًا.

قولُه: (وَصِفَةُ الإِشْهَادِ أَنْ يَقُولَ شَاهِدُ الأَصْلِ لِشَاهِدِ الفَرْعِ: اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي: أَنِّي أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانَ بْنَ فُلَانٍ أَقَرَّ عِنْدِي بِكَذَا، وَأَشْهَدَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ لَمْ يَقُلْ: وأشهَدَني علىٰ نفسِه جازَ»[1].

وإنَّما قَيَّدَ بقولِه: (اشْهَدْ عَلَىٰ [ه/٣٨٧ظ/م] شَهَادَتِي)؛ لأنَّ الشَّهادَةَ علىٰ شَهادَةِ الغَيرِ لا تَجوزُ بِدونِ الإشْهادِ؛ لأنَّها ليستْ بمُوجبةٍ بنفسِها، وإنَّما تَصيرُ مُوجبةً بنَقْلِ شَهَادَةِ الأصلِ إلىٰ مجلسِ القاضي، فلا بُدَّ مِن الإشْهادِ والتَّحميلِ، وقدْ مَرَّ بيانُه في أوائلِ الفَصلِ الثَّاني مِن كتابِ الشَّهاداتِ، وإليْه أشارَ في «المتن» بقولِه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، وهَذا بخِلافِ ما ثبتَ حُكْمُه بنفسِه، كالإقْرارِ، والبَيْعِ، والغَصْبِ، وحُكْمِ القاضي، حيثُ لا يحتاجُ فيهِ إلىٰ الإشْهادِ.

وإنَّما قالَ: (عَلَىٰ شَهَادَتِي)؛ لأنَّها هيَ المعْنىٰ الَّذي يقَعُ عليْهِ شَهادَةُ الفرْعِ، وإنَّما قالَ الأَصلُ: أشهَدُ أنَّ فلانَ بنَ فُلانٍ أقَرَّ عِندي؛ لأنَّه لا بُدَّ للأصْلِ أنْ يَشْهدَ عندَ الفَرعِ، كما يَشهدُ الأصلُ عندَ القاضي، حتَّىٰ ينقُلَ الفرعُ شَهادَةَ الأصْلِ إلىٰ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢١].

لِأَنَّ الْفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ وَالتَّوْكِيلِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَشْهَدَ كَمَا يَشْهَدُ عِنْدَ الْقَاضِي لِيَنْقُلَهُ إِلَىٰ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ [٥٥/ط]

(وَإِنْ لَمْ يَقُلْ أَشْهَدَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ جَازَ) لِأَنَّ مَنْ سَمِعَ إِقْرَارَ غَيْرِهِ حَلَّ لَهُ الشَّهَادَةُ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ: اشْهَدْ.

قَالَ: وَيَقُولُ شَاهِدُ الْفَرْعِ عِنْدَ الأَدَاءِ: أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَىٰ

غاية البيان

مجلسِ القاضي بعَيْنِها.

وأمَّا قولُه: (وَأَشْهَدَنِي عَلَىٰ نَفْسِهِ)، فذِكْرُه تأكيدٌ للشَّهَادَة بأمْرِ المشهود عليه، وإنْ لَمْ يَقُلْ ذلكَ جازَ؛ لأنَّ لشاهِدِ الأصْلِ أنْ يَشْهدَ وإنْ لَمْ يُستَشْهَدْ؛ لأنَّ ما يَثْبُتُ حُكْمُه بِنفْسِه؛ يَجوزُ لِلشَّاهِدِ أنْ يَشْهدَ فيهِ بِدونِ الإشْهادِ.

قولُه: (لِأَنَّ الفَرْعَ كَالنَّائِبِ عَنْهُ)، وَلا شكَّ أنَّ الفَرعَ قائمٌ مقامَ الأصْلِ نائبٌ عنهُ، وكانَ يَنبَغِي أنْ يقولَ: نائبٌ عنهُ.

فَقيلَ في تأويلِ قولِه: (كَالنَّائِبِ عَنْهُ)؛ لأنَّ للقاضي أنْ يَقْضِيَ بشَهادَةِ أصلٍ واحدٍ وفرعيْنِ عَنْ أصلٍ آخَرَ، ولَوْ كانَ الفَرعُ نائبًا حقيقةً لَمَا جازَ الجمعُ بينَ الأصْلِ والخَلَفِ، كما لا يَجوزُ الجمعُ بَينَ الوُضوءِ والتَّيمُّمِ.

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يَقُلْ لَهُ: اشْهَدْ)، أيْ: وإنْ لَمْ يَقُلِ المُقِرُّ للشَّاهِدِ أصالةً: اشْهَدْ على إقْرارِي.

وقالَ الحاكمُ الجليلُ في التَّحميل: «اشْهَدْ وأُشْهِدُكَ عَلىٰ شَهادتِي بِكذا، وهذا قريبٌ مِنَ الأَوَّلِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَيَقُولُ شَاهِدُ الفَرْعِ عِنْدَ الأَدَاءِ: أَشْهَدُ أَنَّ فُلَانًا أَشْهَدَنِي عَلَىٰ

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ٢٦٧].

شَهَادَتِهِ: أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا، وَقَالَ لِي: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ

شَهَادَتِهِ: أَنَّ فُلَانًا أَقَرَّ عِنْدَهُ بِكَذَا، وَقَالَ لِي: اشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي بِذَلِكَ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

وقالَ الحاكمُ: «يَقولُ عِندَ الأَداءِ: أَشهدُ أنَّ فُلانًا شَهِدَ عِندي، وأَشهَدَني على شَهَادَتِه أنَّه شَهِدَ بِكَذا».

وذكَرَ الخَصَّافُ: أنَّه يُكرِّرُ لفظَ الشَّهادَةِ ثَمانيَ مرَّاتٍ، فيَقولُ [٥/٣٨٨و/م]: أَشهَدُ أنَّ فلانًا أشهَدَني على شَهادَتِه: أنَّه يشْهَدُ أنَّ فُلانَ بنَ فلانٍ أقرَّ عندَه، وأشهَدَه علىٰ نفسِه [٢/٢٧٣و] أنَّ لِفلانِ بنِ فُلانٍ هذا عَليْهِ ألفَ درهمٍ، وقالَ [لي](٢): اشهَدْ على شَهادَتي: أنِّي أشهَدُ أنَّ فُلانَ بنَ فُلانٍ أقرَّ عِندِي لِفُلانٍ بِكذا.

قالَ الشَّيخُ أبو نصرٍ البَغْدادِيُّ: «ويُمْكِنُ الاقتِصارُ مِنْ جَميعِ ذَلِكَ علىٰ ثلاثِ لفظَاتٍ، وهُوَ أن يَقولَ: أشهَدُ أنَّ فُلانًا أشهَدَني على شَهَادَتِه: أنَّ فلانًا أقرَّ عِندَه بِكذا»(٣).

وَما ذكَرَه صاحبُ الكِتابِ أَوْلَىٰ وأحوَطُ؛ لأنَّ قولَهُ: (أَشْهَدُ) لا بُدَّ منهُ، وهُوَ لفظُ شَهَادَتِه، ثمَّ يُخْبِرُ بعدُ بذلِكَ بصفةِ ما تقَعُ عليْه شَهادَتُهُ، وهوَ التَّحميلُ.

أمَّا قولُه: (وَقَالَ لِي اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي)، هوَ شرْطٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ رحمهما الله، وقالَ أبو يوسُفَ رحمه الله: إن لَمْ يذْكُرْ ذَلِكَ جازَ(٤).

وَجْهُ قولِهِما: أنَّه إذا لَمْ يَقُلْ: وقالَ لي: اشهَدْ على شهادتي؛ احْتَمِلَ أَنْ يكونَ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ص».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠١].

(٤) ينظر: «الاختيار» [٢/ ١٥١]، «تبيين الحقائق» [٤/ ٢٣٩]، «البحر الرائق» [٧/ ١٢١].

مِنْ شَهَادَتِهِ، وَذِكْرِ شَهَادَةِ الْأَصْلِ وَذِكْرِ التَّحْمِيلِ، وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا وَأَقْصَرُ مِنْهُ، وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَاطُهَا.

غاية البيان

أمَرَهُ أنْ يَشهدَ بمِثْلِ شَهَادَتِه، وذلكَ كذِبٌ، ويُحْتَملُ أنَّهُ أمَرَهُ على وَجْهِ التَّحميلِ، فَلا يجوزُ إثباتُه تَحميلًا بالشَّكِّ.

وَوَجْهُ قَولِ أَبي يوسُفَ: أَنَّ أمْرَ الشَّاهِدِ مَحمولٌ على الصِّحَّةِ مَا أَمْكَنَ، وأنّه[1] لا يكْذِبُ، وَلَيسَ ذَلِكَ إلَّا أنْ يُحْمَلَ عَلى أنَّهُ أَرادَ التَّحميلَ، فَيصحُّ. كذا في «**شرْح الأقطع**»[2].

قولُه: (**وَلَهَا لَفْظٌ أَطْوَلُ مِنْ هَذَا وَأَقْصَرُ**[3] **مِنْهُ، وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَاطُهَا**)، أيْ: لِشهادةِ الفَرعِ عِندَ الأداءِ لَفْظٌ أطولُ مِنَ الَّذي ذَكَرَهُ القُدُورِيُّ، وهُوَ كَما قالَ الخَصَّافُ، ولَفْظٌ أقصرُ منهُ كَما ذكَرَ الشيخُ أبو نصْرٍ.

(**وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَاطُهَا**)، يعْني: أنَّ ما ذكَرَهُ القُدُورِيُّ في «**مختصره**» أحسنُ؛ لأنَّه وسطٌ.

وذكَرَ الجَصَّاصُ: أنَّه يَكْفِي ثلاثُ شِينَاتٍ فِي الإِشْهادِ، وسِتٌّ في الأَداءِ، وهُو أنْ يَقولَ فِي الإشْهادِ: أشهَدُ أنَّ فُلانًا[4] أقَرَّ عِندي لِفُلانٍ بِكذا، فاشْهَدْ على شَهادَتي: أنَّ لِفُلانٍ عَلى فلانٍ كذا، ويَقولُ في الأَداءِ: أشهَدُ أنَّ فلانًا شَهِدَ عِندي أنَّ لفلانٍ على فلانٍ كذا، وأشهَدَني على شَهَادَته، فالآنَ أنا أشهَدُ على شَهَادَتِه أنَّ لفلانٍ على فلانٍ كذا. وهذا معْنى ما قالَ في «**نَظْم الجامع**»[5]:

(١) وقع بالأصل: «ولأنه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠١].

(٣) وقع بالأصل: «أو أقْصَرُ». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) وقع بالأصل: «أن فلان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٥) يعني: «نظْم الجامع الكبير/ لمحمد بن الحسن الشيباني» لأوْحَد الدين النَّسَفيّ. (كان حيًّا سنة: ٥١٥ هـ). ينظر: «تاج التراجم» لابن قُطْلُوبُغا [ص/ ١٢٧].

....

وَيُـؤْتَى بِشِـيَاتٍ ثَـلَاثٍ لِحَمْلِهَـا ❖ وَبِالسِّـتِّ فِـي حَـالِ الأَدَاءِ مُـرَدَّدَا

وَقالَ الشيخُ [٥/٢٣٨٨ط/م] أبو القاسمِ الصَّفَّارُ: «يَقولُ في الإشْهادِ: أشهَدُ عندَكُم بِكذا، وأُشْهِدُكم على شهادَتي بذلِكَ، وآمُرُكمْ أنْ تشْهَدوا بذلِكَ، ويَقولُ في الأداءِ: أشْهَدُ أنَّ فُلانًا شَهِدَ عِندِي بِكذا، وَأَشْهَدَني على شَهَادَتِه بذلِكَ، وأمَرَني أنْ أشهَدَ عَلى شَهَادَتِه بذلِكَ، [فأَنا أشهَدُ على شَهَادَتِه بذلِكَ]»(١).

وقالَ الفقيهُ أبو جعفرٍ: «إذا قالَ في الأداءِ: أشهَدُ على شَهَادَةِ فُلانٍ بِكذا؛ يَكْفِي ولا يَحتاجُ إلى الزِّيادَةِ». ذكرَه(٢) الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «النوازل» في أوَّلِ بابِ الشَّهادات.

[وَقالَ الفَقيهُ أبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»](٣): «وذُكِرَ عَنْ أَبي نصْرٍ مُحمَّدِ بنِ سَلامٍ أنَّه كانَ يَقولُ: الشَّاهِدُ على الشَّهادَةِ إذا أَرادَ أنْ يشْهَدَ عِندَ الحاكِمِ؛ ينبَغي أنْ يقولَ: أشهَد أن فلانًا شَهِدَ بكذا وكذا، [وأشهَد على شَهَادَته بذلك، وإنْ قال: اشْهَدْ أني أشْهَدُ عَلى إِقْرَارِ فُلانِ بنِ فُلانٍ بِكذا وكذا](٤)؛ فإنَّ أبا حَنِيفَةَ قالَ: لا أقبَلُ ذلِكَ.

وقالَ أَبو يوسُفَ في «الأمالي»: هوَ جائزٌ؛ لأنَّ معْناهُ في العُرْفِ: اشْهَدْ على شَهادَتي، فجازَ أنْ يُكْتَفَى بِه».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «النوازل من الفتاوى» لأبي الليث السمرقنديّ [ق٢٠١/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٨٣)].

(٢) وقع بالأصل: «وذكر». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَمَنْ قَالَ: أَشْهَدَنِي فُلَانٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ؛ لَمْ يَشْهَدِ السَّامِعُ عَلَىٰ شَهَادَتِهِ حَتَّىٰ يَقُولَ: اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنَ التَّحْمِيلِ، وَهَذَا ظَاهِرٌ عِنْدَ مُحَمَّدٍ ـ ﷺ ـ لِأَنَّ الْقَضَاءَ عِنْدَهُ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ وَالْأُصُولِ جَمِيعًا حَتَّىٰ اشْتَرَكُوا فِي

غاية البيان

وَجْهُ المشهورِ: أنَّ الشَّهَادَةَ [عَلَىٰ الشَّهَادَةِ][1] تَحميلٌ، ولَمْ يُوجَدْ، فَلا يَجوزُ؛ لأنَّه أمَرَهُ أنْ يَشْهدَ بأنَّ شاهدَ الأصلِ شَهِدَ.

وجوابُ قولِه: أنَّا لا نَزِيدُ في اللَّفظِ ما لَيسَ بِمَذْكورٍ. كَذا ذَكَرَ النَّاصِحِيُّ فِي «تَهْذيب أدَب القاضي».

وَقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «شُهودُ الفَرعِ يَجبُ أنْ يذكُرُوا أسماءَ الأُصولِ، وَأَسماءَ آبائِهم وأجدادِهِم، حتَّىٰ لوْ قالوا لِلقاضي: نشْهَدُ أنَّ رَجُلينِ نَعْرِفُهُما أشْهَدَانا عَلىٰ شهادَتِهِما أنَّهما يشْهَدانِ بِكذا، وقالا لِلقاضي: لا نُسَمِّيهما لَكَ، أوْ قالا: لا نعْرِفُ أَسماءَهما؛ لَمْ تُقْبَلْ حتَّىٰ يُسَمِّيَا؛ لأنَّهما تحَمَّلَا مُجازَفَةً، لا عَن معْرفَةٍ»[2].

قولُه: (وَمَنْ قَالَ: أَشْهَدَنِي فُلَانٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ؛ لَمْ يَشْهَدِ السَّامِعُ عَلَىٰ [٢/٢٧٣ظ] شَهَادَتِهِ حَتَّىٰ يَقُولَ: اشْهَدْ عَلَىٰ شَهَادَتِي). وهذِه مِنْ مَسائِلِ «الجامع الصغير»[3]، وذلِكَ لأنَّ الفَرعَ نائبٌ عنِ الأَصلِ في الشَّهَادَةِ، والنِّيَابَةُ لا بُدَّ لَه مِنَ الإنابةِ، ولا تكونُ الإنابةُ إلَّا بالتَّوكيلِ والتَّحميلِ، ولَمْ يُوجَدْ، ولا بُدَّ إذَنْ أنْ يقولَ: أشهَدُ أنَّ فلانًا أقَرَّ لفلانٍ بِكذا، فاشْهَدْ عَلىٰ شهادَتِي، وَهذا عِندَ مُحمَّدٍ ﷺ ظاهِرٌ؛ لأنَّ أصْلَ مُحمَّدٍ ﷺ أنَّ القَضاءَ مُضافٌ إلىٰ [٥/٣٨٩و/م] شَهادَةِ الأُصولِ والفُروعِ؛ لأنَّهمْ إذا رَجَعوا جَميعًا؛ فالمشْهودُ عَلَيْه بِالخِيَارِ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الأُصولَ، وإنْ شاءَ ضَمَّنَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ».
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٧ ـ ١٩٨].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٣٩٢].

الضَّمَانِ عِنْدَ الرُّجُوعِ، وَكَذَا عِنْدَهُمَا؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ نَقْلِ شَهَادَةِ الْأُصُولِ لِيَصِيرَ حُجَّةً فَيَظْهَرَ تَحْمِيلُ مَا هُوَ حُجَّةٌ.

غاية البيان

الفُروعَ عِندَ مُحمَّدٍ، كَما سيَجِيءُ بيانُه في أواخِرِ كِتابِ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ.

وإذا كانَ القَضاءُ مُضافًا إلى شَهَادةِ الأُصولِ والفُروعِ؛ لَمْ يكُنْ بُدٌّ مِنَ النَّقلِ، ولا بُدَّ للنَّقلِ مِن التَّحميلِ، وهذا معْنى اشتراكِهِم في الضَّمَانِ، لا أنَّ معْناه[1]: أنَّ نِصْفَ الضَّمَانِ على الأصولِ، ونصْفه على الفُروعِ.

وأمَّا عِندَ أَبي حَنِيفَةَ وأَبي يوسُفَ رحمهما الله: وإنْ كانَ القَضاءُ مُضافًا إلى الفُروعِ، حتَّى وجَبَ الضَّمانُ عَلى الفُروعِ خاصَّةً عِندَ رُجوعِ الأُصُولِ[2] والفُروعِ جميعًا، فلا بُدَّ مِنَ التَّحميلِ[3] أيضًا، لأنَّهم إنَّما ضَمِنوا بالنَّقلِ؛ لأنَّ شَهادَةَ الأُصولِ لَمْ تكُنْ حُجَّةً قبْلَ النَّقلِ، وإنَّما صارَتْ حُجةً بنَقْلِ الفُروعِ ذلِكَ إلى مَجلسِ القاضِي، فإذا كانَ ذلِكَ نقْلًا لِشهادةِ الأُصولِ؛ لَمْ يكُنْ لِلفُروعِ أنْ ينقُلوا شهادَتَهم بِدونِ تَحميلِهِم[4].

ولوْ قالَ لرَجُلٍ: اشْهَدْ علىٰ شَهادَتِي، فسَمِعَه آخَرُ؛ لَمْ يشْهدْ علىٰ شَهَادتِه؛ لأنَّ التَّحميلَ شرْطٌ، بخلافِ القَاضِي إذا أشْهَدَ قومًا علىٰ قضيَّةٍ، وسمِعَ آخَرونَ؛ وَسِعَ للسَّامعينَ أنْ يشْهَدوا؛ لأنَّ قضاءَه حُجَّةٌ بمنزلةِ الإِقْرارِ والبَيْعِ وغيرِ ذلكَ، فصَحَّتِ الشَّهادَةُ عليْهِ بالمُعايَنةِ مِنْ غيرِ تَحميلٍ.

قولُه: (فَيَظْهَرَ)، بالنَّصبِ، جوابُ النَّفيِ، وهوَ قولُه: (لَا بُدَّ)، ويجوزُ أنْ يُقالَ: إنَّه عطفٌ علىٰ قولِه: (لِيَصِيرَ).

---

(١) وقع بالأصل: «لأن معناه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».
(٢) وقع بالأصل: «الأصل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».
(٣) وقع بالأصل: «من التحمل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».
(٤) في «غ» و«م»: «بدون تحكيمهم».

قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأَصْلِ، أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُونَ حُضُورَ مَجْلِسِ الحَاكِمِ لِأَنَّ جَوَازَهَا لِلْحَاجَةِ، وَإِنَّمَا تَمَسُّ عِنْدَ عَجْزِ الأَصْلِ وَبِهَذِهِ الأَشْيَاءِ

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ، إِلَّا أَنْ يَمُوتَ شُهُودُ الأَصْلِ، أَوْ يَغِيبُوا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، أَوْ يَمْرَضُوا مَرَضًا لَا يَسْتَطِيعُونَ حُضُورَ مَجْلِسِ الحَاكِمِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وهذه مِن خواصِّ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ رضي الله عنهم: في شاهدَيْنِ شَهِدَا على شَهَادَةِ الرَّجُلِ. قَالَ: لا يَجوزُ إلَّا أنْ يكونَ المشهودُ على شَهَادَتِه مَريضًا بالمِصْرِ لا يَستطيعُ إتيانَ القاضي، أوْ يكونَ على مسيرةِ ثلاثةِ أيَّامٍ ولياليهنَّ»[2]، وذلكَ لأنَّ جوازَ الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ للحاجةِ، وإنَّما تتحَقَّقُ الحاجةُ عندَ العجْزِ عَن شَهَادَةِ الأُصولِ.

وإنَّما قُلنا: إنَّ جَوازَها لِلحاجةِ؛ لأنَّ القِياسَ: لا تَجوزُ لِزيادةِ تُهمةٍ، وهيَ تُهمةُ عدَمِ الإشْهادِ مِن الأُصولِ، ويُمْكِنُ الاحْترازُ عَنْها بجِنسِ الشُّهودِ لِكثْرتِهم، وهذِه [٥/٣٨٩ظ/م] الأشياءُ يَثْبُتُ بِها العجزُ، فتَمَسُّ الحاجةُ إلى جَوازِها، فَجُوِّزَتْ؛ لأنَّ تكليفَ المَريضِ بِالحُضورِ إلى مجلسِ القاضي بَاطِلٌ؛ دفعًا للحرَجِ.

وقُدِّرَ الغَيْبةُ بمدَّةِ السَّفرِ؛ لأنَ المَديدَ مُعْتَبَرٌ في إثباتِ العَجزِ، والقصيرُ ليسَ بمُعْتَبَرٍ، ففُصِلَ بيْنهُما بمدَّةِ السَّفرِ؛ لأنَّ ما دونَ السَّفرِ في حُكْمِ المِصْرِ.

والأصلُ هُنا: قولُه تَعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلشَّهَٰدَةَ لِلَّهِ﴾ [الطلاق: ٢]، وقولُه تعالى: ﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾ [البقرة: ٢٨٢].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢١].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٢].

يَتَحَقَّقُ الْعَجْزُ. وَإِنَّمَا اعْتَبَرْنَا السَّفَرَ لِأَنَّ الْمُعْجِزَ بُعْدُ الْمَسَافَةِ وَمُدَّةُ السَّفَرِ بَعِيدَةٌ

غاية البيان

بيانُه: أنَّ أداءَ الشَّهَادَةِ علىٰ شاهدِ الأصلِ واجبٌ بمُوجِبِ النَّصِّ، حتَّىٰ إذا امتنعَ عنهُ كانَ فَاسقًا، فَلا تَجوزُ الشَّهَادَةُ عَلىٰ الشَّهَادَةِ، إلَّا إذا كانَ غائبًا بالمدَّةِ المذْكورةِ أوْ مَريضًا؛ فحينَئذٍ يكونُ معْذورًا في التَّخلُّفِ؛ لعَجْزِه عنِ الحُضورِ، كَما إذا كانَ ميِّتًا، فيجوزُ الشَّهَادَةُ عَلىٰ [٢/٢٧٤و] الشَّهَادَةِ.

وقالَ الفَقيهُ أَبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وذكرَ أبو يوسُف ﵀ في «الأمالي»: إذا كَانَ في مَوْضعٍ لوْ جاءَ إلىٰ الحاكمِ لا يُمْكِنُه أنْ يَرْجِعَ في يومِه ذَلِكَ إلىٰ أهْلِه؛ فهُوَ معْذورٌ في التَّخلُّفِ»[١].

قالَ الفَقيهُ: «وبِهذا القَولِ نأخُذُ؛ لأنَّه يَلْحَقُه المشقَّةُ في الحضورِ، فصارَ حُكْمُه حُكْمَ المريضِ والمسافرِ، وأمَّا إذا كانَ دونَ ذلِكَ، فتِلكَ مشَقَّةٌ قَليلةٌ، فَلا تُعْتَبرُ تِلكَ المشقَّة».

وقالَ فَخرُ الإسْلامِ ﵀: «وقولُ أبي يوسُفَ حسَنٌ»[٢].

وقالَ في «شرح الأقطع»: «وقالَ أَبو يوسُفَ ومحمَّدٌ ﵄: تُقْبَلُ وإنْ كانوا في المِصْرِ»[٣]، أي: تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ علىٰ الشَّهَادَةِ وإنْ كانَ شهودُ الأصلِ في المِصْرِ؛ لأنَّهم ينْقُلونَ قولَهم، فصارَ كنَقْلِ إقْرارِهم.

ونَقَلَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» عَن آخِرِ «شهادات المنْتَقىٰ»: «قالَ محمَّدٌ ﵀: أقْبَلُ الشَّهَادَةَ علىٰ الشَّهَادَةِ والمشهودُ علىٰ شَهَادَتِه في المِصْرِ مِنْ غَيرِ مَرَضٍ به ولا عِلَّةٍ»[٤].

(١) ينظر: «مجمع الأنهر في شرح ملتقىٰ الأبحر» [٢/١٦٤].
(٢) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للبزدوي [ق/٢٤٢]، مخطوط مكتبة جار الله تحت رقم [٦٦٢].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠١].
(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٩٧].

حُكْمًا حَتَّىٰ أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الأَحْكَامِ فَكَذَا سَبِيلُ هَذَا الْحُكْمِ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ - ﵀ - أَنَّهُ إِنْ كَانَ فِي مَكَانٍ لَوْ غَدَا لِأَدَاءِ الشَّهَادَةِ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَبِيتَ فِي أَهْلِهِ صَحَّ الْإِشْهَادُ إِحْيَاءً لِحُقُوقِ النَّاسِ، قَالُوا: الأَوَّلُ أَحْسَنُ وَالثَّانِي أَرْفَقُ وَبِهِ أَخَذَ الْفَقِيهُ أَبُو اللَّيْثِ. ﵀.

قال: فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودَ الأَصْلِ شُهُودُ الفَرْعِ جَازَ لِأَنَّهُمْ مِنْ أَهْلِ التَّزْكِيَةِ (وَكَذَا إِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ فَعَدَّلَ أَحَدُهُمَا الْآخَرَ صَحَّ) لِمَا قُلْنَا، غَايَةُ الْأَمْرِ أَنَّ فِيهِ مَنْفَعَةً مِنْ حَيْثُ الْقَضَاءِ بِشَهَادَتِهِ لَكِنَّ الْعَدْلَ لَا يُتَّهَمُ بِمِثْلِهِ كَمَا لَا يُتَّهَمُ فِي شَهَادَةِ نَفْسِهِ، كَيْفَ وَأَنَّ قَوْلَهُ فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَإِنْ رُدَّتْ شَهَادَةُ صَاحِبِهِ فَلَا تُهْمَةَ.

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (حَتَّىٰ أُدِيرَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ مِنَ الأَحْكَامِ)، أيْ: على مُدَّةِ السَّفرِ أُديرَتِ الأحكامُ، كقَصْرِ الصَّلاةِ، وفِطْرِ المُسافِرِ، وامتِدادِ المسْحِ إلى ثلاثةِ أيّامٍ، وعدَمِ وُجوبِ تكبيراتِ التَّشريقِ علىٰ قولِ أبي حَنيفَةَ ﵀، وعدَمِ وُجوبِ الأُضحيَّةِ، والجُمُعَةِ، وحُرمةِ خُروجِ المرْأةِ بِلا مَحْرَمٍ أوْ زَوْجٍ.

قولُه: (الأَوَّلُ أَحْسَنُ)، لأنَّ المُعْجِزَ بُعْدُ المسافةِ، ومُدَّةُ السَّفرِ بَعيدةٌ.

قولُه: (فَإِنْ عَدَّلَ شُهُودَ الأَصْلِ شُهُودُ الفَرْعِ جَازَ)، هذا لَفْظُ القُدُوريِّ في «مختصره»[1].

قالَ في «الفتاوىٰ الصُّغرىٰ»: «وإذا شَهِدَا علىٰ شَهَادَةِ شاهدَيْنِ وصَحَّحا الشَّهادَةَ؛ فينبَغي لِلقاضي أنْ يسألَهما عَن عَدالَةِ الّذي شَهِدَا علىٰ شَهَادَتِه.

لَمْ يَذكُرْ مُحمَّدٌ ﵀ في «المبسوط» سؤالَ [٥/٣٩٠و/م] القاضي إيَّاهُما عَن عَدَالَةِ الأُصولِ، وإنَّما عُرِفَ هذا مِن الخَصَّافِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢١ - ٢٢٢].

قال: وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جازَ، وَنَظَرَ القَاضِي فِي حَالِهِمْ وَهَذَا عِنْدَ

فإنْ قالا: هوَ عَدْلٌ؛ ثبتَتْ عَدَالَةُ الأصلِ إنْ كانَتْ عَدَالَةُ الفُروعِ ثابتةً، وإنْ لَمْ تكُنْ عدالةُ الفُروعِ مَعْلومةً سألَ عَنها القاضي، فإنْ ثبتَتْ عَدالتُهما؛ ثبتَتْ عَدَالَةُ الأصولِ أيضًا»[1]. إلى هُنا لفْظ «الفتاوى الصغرى».

وقالَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخسِيُّ ﷺ في «شرح أدب القاضي»: «ورُوِيَ عَن مُحمَّدٍ أنَّ تَعْديلَهُما لا يكونُ صَحيحًا؛ لأنَّ الفَرعَ نائبٌ عنِ الأصْلِ، فتَعديلُه الأصلَ يكونُ بمَنزلةِ تَعْديلِ الأصْلِ نفسَه».

وَجْهُ ظاهِرِ الرِّوايةِ: أنَّ الفَرعَ نائبٌ عنِ الأَصلِ في نَقْلِ عِبارتِه إلى مجلسِ القاضِي، [فإذا نقَلَ عبارتَه إلى مَجلسِ القَاضِي][2]؛ فقدِ انْتَهى حُكْمُ النِّيابَةِ، وهُو بِمنزلةِ سائرِ الأَجانِبِ، فكما أنَّ التَّعديلَ مِن سائرِ الأَجانِبِ يَكونُ صَحيحًا، فكذلِكَ التَّعديلُ مِنَ الفُروعِ، ينبَغي أنْ يكونَ صَحيحًا.

وذكرَ هُنا في «شرح الأقطع» سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«فإنْ قيلَ: شَهادَةُ نفْسِه لا تصحُّ إلَّا بتَعْديِله، فكانَ مُتَّهمًا فيهِ.

قيلَ لَه: مَا أوْجَبَ تصْحيحَ شَهادَتِه لا يُوجِبُ التُّهمةَ، ألَا تَرىٰ أنَّ ذلِكَ مَوْجُودٌ في تَرْكِ فَسْقِه، ومَوجودٌ في صَلاحِه وعَدالتِه، فيَجِبُ عَلىٰ قولِكَ ألَّا تُقْبَلَ شَهادَتُه؛ وكذلِكَ[3] لَوْ شَهِدَ رَجُلانِ عِندَ القَاضي بحقٍّ، فعَدَّلَ أحدُهما صاحبَه جازَ، وإنْ كانَ فِي ذلِكَ تصحيحُ شَهادَتِه، كذلِكَ هَذا»[4].

قولُه: (وَإِنْ سَكَتُوا عَنْ تَعْدِيلِهِمْ جازَ، وَنَظَرَ القَاضِي فِي حَالِهِمْ)، هذا لَفْظُ

---

(١) ينظر: «الفتاوى الصغرى» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) في «شرح مختصر القدوري» [ق/ ٣٠٢]. قال: لذلك

(٤) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠٢].

أَبِي يُوسُفَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: لَا تُقْبَلُ لِأَنَّهُ لَا شَهَادَةَ إِلَّا بِالْعَدَالَةِ، فَإِذَا لَمْ يَعْرِفُوهَا لَمْ يَنْقُلُوا الشَّهَادَةَ فَلَا يُقْبَلُ.

غاية البيان

القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، أيْ: إنْ سَكَتَ شهودُ الفرعِ عَن تَعْديلِ شُهودِ الأَصْلِ جازَ شَهَادَةُ الفُروعِ، ونظَرَ القاضي في حالِ شُهودِ الأَصلِ، يَعْني: يَسْأَلُ القَاضي عَن عَدَالَةِ شُهودِ الأَصْلِ غَيرَ [٢/٢٧٤ظ] شُهودِ الفَرعِ.

قالَ في «شرح الأقطع»: «هَذا الَّذي ذكَرَهُ قَولُ أبي يوسُف، [وقالَ محمَّدٌ: لا تُقْبَلُ الشَّهادَةُ إذا لَمْ يُعَدِّلَاهُ.

وَجْهُ قَولِ أَبي يوسُف][2]: أنَّ شُهودَ الفَرعِ يلْزَمُهُم النَّقلُ، وَلا يلْزَمُهُم التَّعديلُ؛ لأنَّ ذلكَ قدْ يخفَىٰ عليهِم، فوَجَبَ أنْ يُرْجَعَ فيهِ إلىٰ القاضي، كما يُرْجَعُ إليهِ في تَعديلِ شُهودِ الفَرعِ، ولأنَّهم نقَلُوا قولَهم، فكأنَّهم حضَروا وشهِدوا، فسَأَلَ القاضي عنْهُم.

وَوَجْهُ قَولِ مُحمَّدٍ ﷺ: أنَّ نَقْلَهم الشَّهَادَةَ يَحتاجُ [إِلىٰ][2] أنْ يعْلَموا أنَّها شَهَادَةٌ، وذلِكَ لا يَكونُ إلَّا بالعدالةِ، فإذا لَمْ يعْرِفوا ذلِك لَمْ يصحَّ، كما لوْ [٥/٣٩٠ظ/م] شَهِدَا علىٰ مَن لا يعرِفونَ عَقْلَه»[3].

هَكذا ذكرَ الخلافَ أَبو محمَّدٍ النَّاصِحِيُّ النَّيْسَابُورِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ، وإليْه ذهبَ صاحبُ «الهداية».

وذكَرَ شمسُ الأئمةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرْح أدب القاضي» خلافَ محمدٍ علىٰ خلافِ هذا فقالَ: «وإنْ قالَ الفُروعُ: لا نُخْبِرُكَ بشيءٍ لَمْ تُقْبَلْ شهادتُهما علىٰ شَهَادَتِه

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/ ٢٢٢].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠٢].

وَلِأَبِي يُوسُفَ أن الْمَأْخُوذَ عَلَيْهِمْ النَّقْلُ دُونَ التَّعْدِيلِ، لِأَنَّهُ قَدْ يَخْفَىٰ عَلَيْهِمْ، وَإِذَا نَقَلُوا يَتَعَرَّفُ الْقَاضِي الْعَدَالَةَ كَمَا إذَا حَضَرُوا بِأَنْفُسِهِمْ وَشَهِدُوا.

قال: وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ الشَّهَادَةَ؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ؛ لِأَنَّ التَّحْمِيلَ لَمْ يَثْبُتْ لِلتَّعَارُضِ بَيْنَ الْخَبَرَيْنِ وَهُوَ شَرْطٌ.

غاية البيان

في ظاهِرِ الرِّوايةِ؛ لأنَّ هذا يكونُ جرْحًا في شَهَادَةِ الأُصولِ.

ألا ترىٰ أنَّ الفرعَ لوْ قالَ: نتَّهِمُه في هذِه الشَّهَادَةِ؛ لا تكونُ شَهَادَتُه حُجَّةً، وكذلِكَ إذا قالَ: لا نُخْبِرُكَ بشيءٍ يكونُ جرْحًا».

ثمَّ قالَ: «ورُوِيَ عَن محمَّدٍ أنّه قالَ: لا يكونُ جرْحًا، فإنَّ هذا يحْتملُ أنْ يكونَ جرْحًا في الشَّهَادَةِ، ويحْتملُ أنْ يكونَ توَقُّفًا في حالِهما، فَلا يَثْبُتُ الجرْحُ بالشَّكِّ».

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «وذكرَ شمسُ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيُّ أنَّ القاضيَ يَقْبَلُ شهادتَهما، ويسْألُ عَن الأصلِ، وهُوَ الصَّحيحُ؛ لأنَّ الأصلَ بقِيَ مَستورًا»[1].

قولُه: (والمَأْخُوذَ عَلَيْهِمْ)، أي: الواجبَ علىٰ الفُروعِ.

قولُه: (وَإِنْ أَنْكَرَ شُهُودُ الأَصْلِ [الشَّهَادَةَ][2]؛ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَةُ شُهُودِ الفَرْعِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3]، وذلِكَ لأنَّ شَرْطَ صحَّةِ الشَّهَادَةِ علىٰ الشَّهَادَةِ: التَّحميلُ، فإذا أنكرَ شهودُ الأصلِ شهادتَهم؛ لا يُوجَدُ التَّحميلُ، فَلا تصحُّ شَهَادَةُ الفُروعِ؛ لعدَمِ الشَّرْطِ، ومعْنىٰ التَّعارُضِ المذْكورِ في «المتن» - بينَ خَبَرَيِ الأصولِ والفُروعِ -: أنَّ الأُصولَ أنْكروا التَّحميلَ، والفروعَ أثبتُوه، وشَرْطُ صحةِ الشَّهَادَةِ علىٰ الشَّهَادَةِ: التحميلُ، فإذا أنكرَ الأصولُ التَّحميلَ؛ ينْتَفِي الشَّرْطُ،

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/ ١٩٨].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ». و«ص».

(٣) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/ ٢٢٢].

قال: وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَى فُلَانَةَ بِنْتِ فُلَانٍ الفُلَانِيَّةِ وَقَالَا: أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا، فَجَاءَ[1] بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لَا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا؟ فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي: هَاتِ شَاهِدَيْنِ أَنَّهَا فُلَانَةُ؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ عَلَى [٥٦/و] الْمَعْرِفَةِ

غاية البيان

فَلا تصحُّ شهادتُهم بعدَ ذلِكَ.

قولُه: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى شَهَادَةِ رَجُلَيْنِ عَلَى فُلَانَةَ بِنْتِ فُلَانٍ الفُلَانِيَّةِ وَقَالَا: أَخْبَرَانَا أَنَّهُمَا يَعْرِفَانِهَا، فَجَاءَ بِامْرَأَةٍ وَقَالَا: لَا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا؟ فَإِنَّهُ يُقَالُ لِلْمُدَّعِي: هَاتِ شَاهِدَيْنِ أَنَّهَا فُلَانَةُ)، وهذِه مِنْ مَسائلِ «الجامع الصغير»[2]، أيْ: قالَ الفَرعانِ: أَخبَرَنا [الأَصْلانِ][3]: أنَّ الأَصْلَيْنِ يعْرِفانِ فُلانةَ.

وقولُه: (فَجَاءَ بِامْرَأَةٍ)، بتَوْحيدِ الفعلِ[4]، أيْ: فَجاءَ المدَّعِي بامْرأةٍ، وفي بعضِ النُّسَخِ: «فجاءَا»، بلَفْظِ التَّثْنيةِ[5]، أيْ: جاءَ الفَرْعانِ بامرأةٍ، (وَقَالَا: لَا نَدْرِي أَهِيَ هَذِهِ أَمْ لَا؟)، أيْ: قالَ الفَرعانِ: لا نَدْرِي أنَّ المُعَرَّفةَ بِالنِّسبةِ هيَ هذِه المرأةِ الحاضرةِ أمْ لا؟

(١) في حاشية الأصل: «خ: فجيء».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٤].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) وهذا لفْظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [١٣٠/٣]. وكذا في النسخة التي بخط المؤلف من «الهداية» [٢/ق٥٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]، وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ (المقروءة على أكمل الدين البابرتيّ) من «الهداية» [ق/ ١٩١/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]. وفي نسخة القاسميّ مِن «الهداية» [ق/ ٥٨/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا - تركيا]، وفي نسخة القَسْطموني مِن «الهداية» [٢/ق٥٨/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي - تركيا]، وفي نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/ ٥٦/ب/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون - أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)].

(٥) هذا هو المُثْبت في نسخة الأَرْزَكانيّ مِن «الهداية» [٢/ق٥٩/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]، وفي نسخة البَابِسُوني من «الهداية» [ق/ ٢٢٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا].

بِالنِّسْبَةِ قَدْ تَحَقَّقَتْ وَالْمُدَّعِي يَدَّعِي الْحَقَّ عَلَى الْحَاضِرَةِ وَلَعَلَّهَا غَيْرُهَا فَلَا بُدَّ

وصورةُ المسألةِ في «الجامع [٥/٣٩١و/م] الصَّغير»: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُليْنِ يشْهَدانِ على شَهادَةِ رَجُلينِ على فُلانَةَ بنتِ فُلانٍ الفُلانيَّةِ بألفِ درْهمٍ، فيقولانِ: قدْ أَخبَرَانا[١] أنَّهما يَعْرِفانِها، ويَجِيئانِ بامْرأةٍ فيقولانِ: ما ندْري هذِه هيَ أمْ لا؟ قَالَ: يُقالُ للمُدَّعِي: هاتِ شاهدَيْنِ يشْهدانِ: أنَّها فُلانةُ الفُلانيَّةُ بعَيْنِها، فأُجيزُ الشَّهادَةَ، وكذلِكَ كتابُ القاضي إلى القاضي بشَهادَةِ شاهدَيْنِ. وقالَ أبو حَنِيفَةَ ﷺ: إنْ قالا: في هَذَيْنِ البابَيْنِ: التَّمِيمِيَّة؛ لَمْ يَجُزْ حتَّى يَنْسُباها إلى فَخذِها»[٢]. إلى هُنا لفظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير»، وذلِكَ لأنَّ الفَرعيْنِ شَهِدَا على شَهادَةِ الأُصولِ [٢/٢٧٥و] عَلى فُلانة بنتِ فُلانٍ، مِن غيرِ أنْ يعْرِفَها الفَرعانِ بعَيْنِها، فيجبُ التَّوقُّفُ إلى أنْ يأتيَ المُدَّعِي بشاهدَيْنِ يشهدانِ أنَّ الحاضرةَ هيَ المُعَرَّفةُ بالتَّمِيمِيَّةِ؛ إذْ يحْتملُ أنْ تكونَ هيَ غيرَ المُعَرَّفةِ.

قالَ العَتَّابِيُّ وغيرُه: «نَظِيرُه: إذا ادَّعَى رَجُلٌ على رَجُلٍ محْدودًا في يدِه، وشَهدَ لهُ شُهودٌ أنَّ هذا المَحْدُودَ ـ المذْكورَ بهذِه الحُدُودِ مِلْكُ هَذا المُدَّعِي ـ في يدِ المُدَّعَى عليهِ بغيرِ حقٍّ، فقالَ المُدَّعَى عليْهِ: الَّذي في يَدِي غيرُ محْدودٍ بهذِه الحُدودِ الَّتي ذكَرَها الشُّهودُ، فيقالُ للمُدَّعِي: هاتِ شاهدَيْنِ أنَّ الَّذي في يدِه مَحْدُودٌ بهذِه الحُدُودِ».

وقالَ قاضي خان[٣]: «وهذا كرَجُليْنِ يشْهدانِ: أنَّ فلانًا اشْتَرَى دارًا في بلدِ كَذا بحدودِ كذا، ولا يعْرفانِ الدَّارَ بعَيْنِها، يقالُ للمُدَّعِي: هاتِ شاهدَيْنِ: أنَّ هذه

(١) وقع بالأصل: «أخبرنا». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الجامع الصغير».

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/ ٣٩٤ ـ ٣٩٥].

(٣) وقع بالأصل: «القاضي خان». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

مِنْ تَعْرِيفِهَا بِتِلْكَ النِّسْبَةِ، وَنَظِيرُ هَذَا إِذَا تَحَمَّلُوا الشَّهَادَةَ بِبَيْعِ مَحْدُودَةٍ بِذِكْرِ حُدُودِهَا وَشَهِدُوا عَلَى الْمُشْتَرِي لَا بُدَّ مِنْ آخَرَيْنِ يَشْهَدَانِ عَلَى أَنَّ الْمَحْدُودَ بِهَا

غاية البيان

الأرضَ المحدودةَ بهذِه الحُدُودِ في يدِ هذا المُدَّعَى عليْه؛ ليصحَّ القَضَاءُ، وكذلِكَ كتابُ القاضي إلى القاضي بشَهَادةِ شاهِدَيْنِ»(١).

يعْني: أنَّ القاضيَ الكاتِبَ يكتبُ في كِتابِه إلى القاضي الآخَرِ: أنَّ شاهدَيْنِ عدْلَيْنِ شَهِدَا عِندِي أنَّ لفلانِ بن فُلانِ الفُلانيِّ على فلانةَ بنتِ فُلانِ الفُلانيَّةِ كَذا مِن الدَّراهمِ، فاقْضِ عليْها أنتَ بذلِكَ، فأحضَرَ المُدَّعِي فلانةَ في مجلسِ القاضي المكتوبِ إليْه، ودَفَعَ الكتابَ إليْه، يقولُ القاضي المكتوبُ إليه للمُدَّعِي: هاتِ شاهدَيْنِ: أنَّ التي أحضَرْتَها هي فلانةُ بنتُ فلانِ الفُلانيَّة المذْكورة في هذا الكتابِ؛ ليُمْكِنَ الإشَارَةُ إليها في القَضَاءِ عليْها؛ لأنَّ هذا [في](٢) معْنى الشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ، وإنْ قالوا في هَذَيْنِ البابَيْنِ ـ أعْني: في الشَّهَادةِ عَلى الشَّهَادَةِ، وفي كتابِ القَاضي [٥/٣٩١ظ/م] إلى القاضي ـ: هيَ فُلانةُ بنتُ فلانِ التَّمِيمِيَّة؛ لَمْ يَكْفِ حتَّى ينْسُبوها إلى فَخذِها.

فَسَّرَ صاحبُ «الهداية» الفَخذَ بالقبيلةِ الخاصَّةِ، وفَسَّرَ العَتَّابِيُّ بالأبِ الأعْلى الَّذي يُنْسَبُ أبوها إليْه، وذلكَ لأنَّ بَني تميمٍ قومٌ لا يُحْصَوْنَ، فَلا يحْصُلُ(٣) التَّعريفُ بذلِكَ ما لَمْ ينْسبوا إلى القبيلةِ الخاصَّةِ.

قالَ الفَقيهُ أَبو اللَّيث: «كما أنَّهما لوْ شَهِدَا على فُلانةَ البلْخِيَّةِ؛ لا يقَعُ بِهذا التَّعريفُ ما لَمْ يَنْسُباها إلى محلَّتِها وسَكَّتِها، فكذلِكَ هُنا».

قولُه: (وَشَهِدُوا عَلَى الْمُشْتَرِي)، أيْ: على شِراءِ المُشْتَرِي، وهوَ بكَسْرِ

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» لقاضيخان [ق/ ١٩٩].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) وقع بالأصل: «فلا يجعل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

فِي يَدِ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ، وَكَذَا إذَا أَنْكَرَ الْمُدَّعَىٰ عَلَيْهِ أَنَّ الْحُدُودَ الْمَذْكُورَةَ فِي الشَّهَادَةِ حُدُودُ مَا فِي يَدِهِ.

قال: وكذلك كِتَابُ الْقَاضِي إلَىٰ الْقَاضِي؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَىٰ الشَّهَادَةِ عَلَىٰ الشَّهَادَةِ إلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ.

قال: (وَلَوْ قَالُوا فِي هَذَيْنِ الْبَابَيْنِ التَّمِيمِيَّةُ لَمْ يَجُزْ حَتَّىٰ يَنْسُبُوهَا إلَىٰ فَخِذِهَا) وَهِيَ الْقَبِيلَةُ الْخَاصَّةُ، وَهَذَا لِأَنَّ التَّعْرِيفَ لَا بُدَّ مِنْهُ فِي هَذَا، وَلَا يَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إلَىٰ الْعَامَّةِ وَهِيَ عَامَّةٌ إلَىٰ بَنِي تَمِيمٍ لِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يُحْصَوْنَ، وَيَحْصُلُ بِالنِّسْبَةِ إلَىٰ الْفَخِذِ لِأَنَّهَا خَاصَّةٌ. وَقِيلَ الْفَرْغَانِيَّةُ نِسْبَةٌ عَامَّةٌ والأوزجندية خَاصَّةٌ، (وَقِيلَ السَّمَرْقَنْدِيَّةُ وَالْبُخَارِيَّةُ عَامَّةٌ) وَقِيلَ إلَىٰ السِّكَّةِ الصَّغِيرَةِ خَاصَّةٌ، وَإِلَىٰ الْمَحَلَّةِ الْكَبِيرَةِ وَالْمِصْرِ عَامَّةٌ.

ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ، ....

غاية البيان

الرَّاءِ، كذا السَّماعُ.

قولُه: (إلَّا أَنَّ القَاضِيَ لِكَمَالِ دِيَانَتِهِ وَوُفُورِ وِلَايَتِهِ يَنْفَرِدُ بِالنَّقْلِ).

هذا جَوابُ سُؤَالٍ؛ وهوَ أنْ يُقالَ: إنَّ كتابَ القاضي إلىٰ القاضي بمنزلةِ الشَّهَادَةِ علىٰ الشَّهَادَةِ؛ لأنَّ القاضيَ الكاتبَ ينقُلُ شَهادَةَ شاهدَيْنِ إلىٰ القاضي المكتوبِ إليْهِ، وفي الشَّهادَةِ علىٰ الشَّهادَةِ يُشترطُ الاثْنانِ، فينبَغي أنْ يكونَ القاضي الكاتبُ اثنيْنِ أيضًا، فقالَ: إنَّما جازَ كتابُ القاضي الواحدِ؛ لكمالِ دِيانتِه ووفورِ ولايتِه؛ لأنَّ ولايتَه عامَّةٌ، وليسَ لِغيرِه هذِه الولايةُ.

قولُه: (ثُمَّ التَّعْرِيفُ وَإِنْ كَانَ يَتِمُّ بِذِكْرِ الجَدِّ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ رحمهما الله،

خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ، فَذِكْرُ الفَخْذِ يَقُومُ مَقَامَ الجَدِّ؛ لأنه اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَىٰ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الجَدِّ الأَدْنَىٰ، والله أعلم.

غاية البيان

خِلَافًا لِأَبِي يُوسُفَ ﷺ عَلَىٰ ظَاهِرِ الرِّوَايَاتِ، فَذِكْرُ الفَخْذِ يَقُومُ مَقَامَ الجَدِّ؛ لِأَنَّهُ اسْمُ الجَدِّ الأَعْلَىٰ، فَنَزَلَ مَنْزِلَةَ الجَدِّ الأَدْنَىٰ)، يعْني: أنَّ الفَخْذَ اسمُ الجَدِّ الأعلىٰ في القبيلةِ الخاصَّةِ، فكانَ ذِكْرُها في التَّعريفِ بمنزلةِ الجَدِّ الأدنىٰ، وهوَ أبُ الأبِ.

قالَ في «الجمهرة»: «الفَخْذُ مِن العربِ دونَ القبيلةِ وفوقَ البطْنِ، بتسْكينِ الخاءِ، والجمعُ: أَفْخَاذ»[1]. وكذلِكَ أثبتَ صاحبُ «المجمل»[2] أيضًا.

وأثبتَ صاحبُ «ديوان الأدب» بخِلافِ هٰذا فقالَ في بابِ فَعِل ـ بفتحِ الفاءِ وكَسْرِ العَينِ ـ: «الفَخِذ مِن العشائرِ أَقَلُّ مِن البَطْنِ»[3].

وقالَ صاحبُ «التيسير»[4] ـ في سورة الحجرات ـ: قالَ الزُّبَيْرُ بن بكَّارٍ: العربُ علىٰ ستِّ طبقاتٍ: شَعْبٌ، وقَبِيلةٌ، وعِمَارةٌ [٢/٢٧٥ظ]، وبَطْنٌ، وفَخْذٌ، وفَصِيلةٌ.

فالشَّعْبُ: تجْمَعُ القبائلَ، والقبيلةُ: تجْمَعُ العَمَائرَ، والعِمَارةُ: تَجْمعُ البطُونَ، والبَطْنُ: تجْمَعُ الأفخاذَ، والفخْذُ: تجْمَعُ الفصَائلَ.

فمُضَرُ شَعْبٌ، ورَبِيعَةُ شَعْبٌ، ومَذْحِجٌ شَعْبٌ، وحِمْيَرُ شَعْبٌ، وسُمِّيَتْ شُعوبًا؛ لأنَّ القبائلَ انشَعَبَتْ منْها.

وكِنَانَةُ قبيلةٌ، وقريشٌ عِمَارةٌ، وقُصَيٌّ بَطْنٌ، وهاشمٌ فَخْذٌ [٥/٣٩٢و/م]، والعباسُ فَصِيلةٌ». وكذلكَ ذكرَ صاحبُ «الكشاف»[5] أيضًا.

---

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [١/٥٨٢].

(٢) ينظر: «مجمل اللغة» لابن فارس [ص/ ٧١٤].

(٣) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١/٢٤٧].

(٤) هو: «التيسير في التفسير» لنجم الدين أبي حفص عُمَر بن محمد النسفيّ. وقد تقدم التعريف بذلك.

(٥) ينظر: «الكشاف» للزمخشري [٤/٣٧٤].

....

وقالَ الأُسْتَرُوشَنِيُّ: ـ في الفَصلِ العاشِرِ مِن «فصوله» ـ: «ورأيتُ في موضعٍ ثقةٍ: ولوْ ذكرَ اسمَه، واسمَ أبيهِ، وفَخْذَه، وصناعتَه، ولَمْ يذْكرِ الجَدَّ؛ تُقْبلُ، وشرْطُ التَّعريفِ: ذِكْرُ ثلاثةِ أشياءَ، فعلَىٰ هٰذا: لو ذكرَ [لقَبَه، و](1) اسمَه، واسمَ أبيهِ، فهَلْ يَكْفِي؟ فيهِ اختلافُ المشايخِ، والصَّحيحُ: أنَّه لا يَكْفِي(2).

وفي اشْتراطِ ذِكْرِ الجَدِّ اختلافٌ، فإذا قضَىٰ القاضي بدونِ ذِكْرِ الجَدِّ؛ يَنْفُذُ، لأنَّه وقعَ في فصْلٍ مُخْتَلَفٍ فِيهِ، كَذا رأيتُ في بعضِ الشُّروطِ»(3).

ونقَلَ عَن «فتاوىٰ قاضي خان»: «وإنْ حَصَلَ التَّعريفُ باسمِه، واسمِ أبيهِ، ولقَبِه؛ لا يَحتاجُ إلىٰ ذِكْرِ الجَدِّ، وإنْ كانَ لا يحْصُلُ بذِكْرِ الأبِ والجَدِّ؛ لا يُكْتَفَىٰ بذلكَ».

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفصول» للأُسْتَرُوشَنِيّ [ق٥٧/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

(٢) وفي «إيضاح الإصلاح»: وفي العجم ذكر الصناعة بمنزلة الفخذ؛ لأنهم ضيعوا أنسابهم. وفي «البحر» عن «البزازية»: وإن كان معروفًا بالاسم المجرد مشهورًا كشهرة الإمام أبي حنيفة يكفي عن ذكر الأب والجد، ولو كنى بلا تسمية لم تقبل إلا إذا كان مشهورا كالإمام. ينظر: «رد المحتار» لابن عابدين [٥/٥٠٣].

(٣) ينظر: «الفصول» للأُسْتَرُوشَنِيّ [ق٥٧/ب/ مخطوط مكتبة راغب باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٧٢)].

فَصْـلٌ

قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: شَاهِدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ فِي السُّوقِ وَلَا أُعَزِّرُهُ. وَقَالَا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ.

غاية البيان

فَصْـلٌ

ذكرَ شَهَادَةَ الزُّورِ بعدَ شَهَادَةِ الحقِّ[1]؛ لأنَّ الأصلَ في الشَّهَادَةِ هوَ الصِّدقُ، ولكنْ ذكَرَها في فصْلٍ علىٰ حِدَةٍ؛ لأنَّ لها أحكامًا مخْصوصةً.

قولُه: (قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ﷺ: شَاهِدُ الزُّورِ أُشَهِّرُهُ فِي السُّوقِ وَلَا أُعَزِّرُهُ. وَقَالَا: نُوجِعُهُ ضَرْبًا وَنَحْبِسُهُ)[2]، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3]، وقالَ الشَّافِعِيُّ ﷺ كقولِهما[4]. كذا في «شرْح الأقطع»[5].

قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «تعزيرُه تشهيرُه، يُبْعَثُ إلىٰ سُوقِه إنْ كانَ سُوقِيًّا، وإلىٰ محلَّتِه إنْ كانَ مِن غَيرِ أَهلِ السُّوقِ، ويقولُ: إنَّ القاضيَ يُقْرِئكُم السلامَ ويقولُ: إنَّا وجَدْنا هذا شاهدَ زُورٍ، فاحْذَروهُ وحَذِّروا الناسَ عنهُ، ولا يُضْرَبُ، وعندَهما: يُعَذَّرُ بالضرْبِ، وَلا يُسَوَّدُ وجْهُه، ولا يُطَافُ بِه في الأسْواقِ بِالإجماعِ»[6]. إلىٰ

(١) أشار في حاشية الأصل: إلىٰ أنه وقع في بعض النُّسَخ: «الصدق». بدل: «الحق». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «ن»، و«غ»، و«م»، و«ض»، و«تح».

(٢) وعلىٰ قول أبي حنيفة مشىٰ النسفي والبرهاني وصدر الشريعة. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٨٩، ٢٩٠]، «العناية شرح الهداية» [٧/٤٧٥]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٣٦]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٤١]، «البناية شرح الهداية» [٩/١٩٦]، «التصحيح والترجيح» [ص٤٤١]، «اللباب في شرح الكتاب» [٣/١٣١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/ ٢٢٢].

(٤) ينظر: «الأم» للشافعي [٨/٢٩١]، و«الحاوي الكبير» للماوردي [١٦/٣٢٠]. و«روضة الطالبين» للنووي [١١/١٤٤].

(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠٢].

(٦) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/ ٤٢٣].

لَهُمَا مَا رُوِيَ عَنْ عُمَرَ - رضي الله عنه - أَنَّهُ ضَرَبَ شَاهِدَ الزُّورِ أَرْبَعِينَ سَوْطًا وَسَخَّمَ وَجْهَهُ، وَلِأَنَّ هَذِهِ كَبِيرَةٌ يَتَعَدَّىٰ ضَرَرُهَا إِلَىٰ الْعِبَادِ وَلَيْسَ فِيهَا حَدٌّ مُقَدَّرٌ فَيُعَزَّرُ. وَلَهُ أَنَّ شُرَيْحًا كَانَ يُشَهِّرُ وَلَا يَضْرِبُ، وَلِأَنَّ الِانْزِجَارَ يَحْصُلُ بِالتَّشْهِيرِ فَيُكْتَفَىٰ بِهِ، وَالضَّرْبُ وَإِنْ كَانَ مُبَالَغَةً فِي الزَّجْرِ وَلَكِنَّهُ يَقَعُ مَانِعًا عَنِ الرُّجُوعِ فَوَجَبَ التَّخْفِيفُ نَظَرًا إِلَىٰ هَذَا الْوَجْهِ.

غاية البيان

هُنا لفظ «**شرح الطَّحَاوِيّ** رحمه الله».

لكنْ قالَ في «**شرح الجامع الصغير**» للعَتَّابِيِّ: «والتَّشهيرُ: أنْ يُطافَ بِه في البلدِ، ويُنادَىٰ في كلِّ محلَّةٍ: إنَّ هذا شَهِدَ بالزُّورِ، فَلا تُشْهِدُوه».

وَجْهُ قولِهما: ما رُوِيَ أنَّ عُمَرَ رضي الله عنه ضرَبَ شاهدَ الزُّورِ أربعينَ سَوْطًا، وسَخَّمَ[1] وَجْهَهُ[2]، ولأنَّ شَهَادَةَ الزُّورِ كبيرةٌ يَلْحَقُ ضررُها بالنَّاسِ، ولَمْ يَرِدْ فيها حدٌّ مُقَدَّرٌ، فوَجَبَ التَّعْزِيرُ، وإنَّما قُلنا: إنَّها كبيرةٌ؛ لأنَّ اللهَ تَعالىٰ قَرَنَها بعبادةِ الأوْثانِ؛ حيثُ قالَ تَعالىٰ: ﴿فَٱجْتَنِبُواْ ٱلرِّجْسَ مِنَ ٱلْأَوْثَٰنِ وَٱجْتَنِبُواْ قَوْلَ ٱلزُّورِ﴾ [الحج: ٣٠].

ولِمَا رَوَىٰ البُخَارِيُّ رحمه الله: بإسنادِه إلىٰ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي بَكْرَةَ، عَنْ أَبِيهِ رضي الله عنه قَالَ: «قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «**أَلَا أُنَبِّئُكُمْ بِأَكْبَرِ الكَبَائِرِ؟**» قُلْنَا: بَلَىٰ يَا رَسُولَ اللهِ. قَالَ: «**الإِشْرَاكُ بِاللهِ، وَعُقُوقُ الوَالِدَيْنِ**» وَكَانَ مُتَّكِئًا فَجَلَسَ فَقَالَ: «**أَلَا وَقَوْلُ الزُّورِ، أَلَا وَشَهَادَةُ الزُّورِ**» [٥/٢٩٢ظ/م]. فَمَا زَالَ [يُكَرِّرُها][3]، حَتَّىٰ قُلْتُ: لَا يَسْكُتُ»[4].

(١) يقال: سَخَّمَ الرَّجُلُ وجْهَهُ. أي: سَوَّدَهُ بالسُّخَام ـ وهو سَوَاد القِدْر ـ وسَخَّمَ اللهُ وَجْهَهُ؛ كِنايَة عن المَقْت والغَضَب. ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [١/٢٦٩/مادة: سخم].

(٢) أخرجه عبد الرزاق الصنعاني في «مصنفه» [١٥٣٩٢]، وابن أبي شيبة في «مصنفه» [٢٨٦٤٣] من طريق الوَلِيدِ بْنِ أَبِي مَالِكٍ، «أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَىٰ عُمَّالِهِ بِالشَّامِ فِي شَاهِدِ الزُّورِ: أَنْ يُجْلَدَ أَرْبَعِينَ جَلْدَةً، وَأَنْ يُسَخَّمَ وَجْهُهُ وَأَنْ يُحْلَقَ رَأْسُهُ وَأَنْ يُطَالَ حَبْسُهُ».

(٣) ما بين المعقوفتين: في «م»: «يقولها».

(٤) مضىٰ تخريجه.

. . . .

ذكَره البُخَارِيُّ في كتاب «الأدب» من «الصحيح».

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: ما رُوِيَ عنْ شُرَيْحٍ القاضي: «أَنَّهُ كَانَ إِذَا أَخَذَ شَاهِدَ زُورٍ، بَعَثَ إِلَىٰ سُوقِهِ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا، وَإِلَىٰ قَوْمِهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ سُوقِيًّا بَعْدَ العَصْرِ أَجْمَعَ مَا كَانُوا، وَيَقُولُ: إِنَّ شُرَيْحًا يُقْرِئُكُمُ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ، وَحَذِّرُوا النَّاسَ [عَنْهُ][1]»[2]، وكانتْ قضايا شُرَيْحٍ بمَحْضَرٍ مِن أَصحابِ رَسولِ اللهِ ﷺ ولَمْ يُنْكِرْ عليهِ أحدٌ، فوَجَبَ اتباعُه.

وقالَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[3]: حَدَّثَنَا وَكِيعٌ[4] قَالَ: حَدَّثَنَا سُفْيَانُ عَنْ أَبِي حُصَيْنٍ [٢/٢٧٦و] قَالَ: «كَانَ شُرَيْحٌ يَبْعَثُ شَاهِدَ الزُّورِ إِلَىٰ مَسْجِدِ قَوْمِهِ، أَوْ إِلَىٰ سُوقِهِ، فَيَقُولُ: إِنَّا قَدْ زَيَّفْنَا هَذَا[5]»[6]، ولأنَّ التَّعْزِيرَ للزَّجْرِ، والضَّربُ يَصْلُحُ زاجِرًا مِن وَجْهٍ، ولا يَصْلُحُ زاجِرًا مِن وَجْهٍ؛ لأنَّ النَّاسَ صِنفانِ: صنفٌ منهُم علىٰ

---

(١) **ما بين المعقوفتين:** زيادة من: «تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) أخرجه: محمد بن الحسن في «الآثار» [٢/٥٥٤]. عن شُرَيْح القاضي رضي الله عنه به نحوه.

(٣) **هذا الأثر:** علَّقه أبو بكر الرازيُّ والصدرُ الشهيد في شَرحَيْهما علىٰ «أدب القاضي» للخَصَّاف، وهو ثابت موصول في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٥٢/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٥٥٢]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيِّ [ق٢١٢/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(٤) هذا سَبْقُ نظَرٍ مِن المؤلف، فليس للخَصَّاف روايةٌ عن وكيع بن الجرّاح، بل لَمْ يُدْرِكه أصلًا، وإنما حدَّث بهذا الخبر عن ابن أبي شيبة عن وكيع. فقال: «حدثنا عبد الله بن محمد أبو بكر قال: حدثنا وكيع...» وساق الأثر. كذا وقَع في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/ ٢٥٢/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)].

(٥) أي: زَيَّفْنا شهادة هذا.

(٦) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/ ٢٣٠٤٤]، عن وكيع بإسناده به.

....

قَصْدِ مباشرةِ الكبيرةِ، وصنفٌ منهُم قدْ باشَرَها، والضَّربُ يَصْلُحُ زاجرًا في حقِّ مَن لَمْ يباشِرْ، ولا يَصْلُحُ في حقِّ مَن باشَرَ؛ لأنَّ الضَّربَ يصُدُّه عنِ الرُّجُوعِ؛ لأنَّه إذا عَلِمَ أنَّه إذا رَجَعَ يُضْرَبُ يمتَنِعُ عنِ الرُّجُوعِ، فيُتْلَف به أموالُ المسلمينَ، فلَمْ يكُنْ بُدٌّ مِنَ التَّعْزِيرِ نظرًا إلىٰ القسمِ الأوَّلِ، وهوَ الَّذي لَمْ يُباشِرْ.

ووجَبَ التَّخفيفُ نظرًا إلىٰ القِسْمِ الثَّاني، وهوَ الَّذي باشَرَ، فاكْتُفِيَ بالتَّشهيرِ، وكانَ كافيًا في دَفْعِ شَرِّه، ولأنَّ الإنسانَ قدْ يَحْتَرِزُ عنْ تشْهيرِ كَذِبِه أكثرَ مما يَحْتَرِزُ عنِ الضَّربِ، خُصوصًا إذا كانَ مَعْروفًا بينَ النَّاسِ؛ فإنَّه يرضَىٰ بالضَّربِ في خُفْيَةٍ، ولا يَرضَىٰ بالتَّشهيرِ علىٰ الملإِ، فكانَ التَّشهيرُ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ المَقْصُودَ دَفْعُ الضَّررِ عنِ النَّاسِ بشَهادَتِه الباطلةِ، وقدْ حَصَلَ.

وما احتَجَّا به مِن حديثِ عُمَرَ ﷺ: فذاكَ مَحمولٌ علىٰ السِّياسةِ لا علىٰ التَّعْزِيرِ؛ لأنَّه لوْ كانَ بِسبيلِ التَّعْزِيرِ لَمْ يبلُغِ الأربعينَ؛ لبلوغِه حَدًّا في غيرِ حَدٍّ، والتَّسْخِيمُ[1] يدلُّ علىٰ ما قُلنا أيضًا؛ لأنَّه مُثْلَةٌ، وهيَ مَنسوخةٌ بِالإجْماعِ.

قالَ في «شرح الأقطع»: «ومِنْ أصْحابِنا مَن قالَ: لا خِلافَ بيْنَهُم في هذِه المسألةِ، إلَّا أنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ أجابَ في الشَّاهِدِ إذا جاءَ تائبًا: فإنَّه لا يسْتَحِقُّ التَّعْزِيرِ؛ لأنَّ المَقْصُودَ منهُ الزَّجْرُ، وقدِ انزَجَرَ حينَ تَابَ، وهُما أجابَا في الَّذي لَمْ يَتُبْ، وذلكَ يسْتَحِقُّ التَّعْزِيرَ [٥/٣٩٣و/م]؛ لأنَّه أتَىٰ مُنْكَرًا ليسَ فيهِ حَدٌّ مُقَدَّرٌ.

ومِن أصْحابِنا مَن قالَ: قولُ أبي حَنِيفَةَ: لا يُعَزَّرُ؛ لأنَّ إشهارَه في سُوقِه تَعزيرٌ، بلْ هُو أشدُّ مِن الضَّربِ في بعضِ النَّاسِ»[2]. إلىٰ هُنا لَفْظ **«شرح الأقطع»**.

---

(١) يعني: تسويد الوجه في التَّعْزِير.

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/ ٣٠٢].

وَحَدِيثُ عُمَرَ - رضي الله عنه - مَحْمُولٌ عَلَىٰ السِّيَاسَةِ بِدَلَالَةِ التَّبْلِيغِ إِلَىٰ الْأَرْبَعِينَ وَالتَّسْخِيمِ ثُمَّ تَفْسِيرُ التَّشْهِيرِ مَنْقُولٌ عَنْ شُرَيْحٍ - رحمه الله - فَإِنَّهُ كَانَ يَبْعَثُهُ إِلَىٰ سُوقِهِ إِنْ كَانَ سُوقِيًّا، وَإِلَىٰ قَوْمِهِ إِنْ كَانَ غَيْرَ سُوقِيٍّ بَعْدَ الْعَصْرِ أَجْمَعَ مَا كَانُوا، وَيَقُولُ: إِنَّ شُرَيْحًا يُقْرِئُكُمْ السَّلَامَ وَيَقُولُ: إِنَّا وَجَدْنَا هَذَا شَاهِدَ زُورٍ فَاحْذَرُوهُ وَحَذِّرُوا النَّاسَ مِنْهُ.

وَذَكَرَ شَمْسُ الْأَئِمَّةِ السَّرَخْسِيُّ - رحمه الله - أَنَّهُ يُشَهَّرُ عِنْدَهُمَا أَيْضًا.

وَالتَّعْزِيرُ وَالْحَبْسُ عَلَىٰ قَدْرِ مَا يَرَاهُ الْقَاضِي عِنْدَهُمَا، وَكَيْفِيَّةُ التَّعْزِيرِ ذَكَرْنَاها فِي الْحُدُودِ وفي: «الجامع الصغير»: شَاهِدَانِ أَقَرَّا أَنَّهُمَا شَهِدَا بِزُورٍ لَمْ يُضْرَبَا وَقَالَا يُعَزَّرَانِ.

غاية البيان

قالَ الشيخُ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ في شرحه لـ«أدب القاضي»: «ومذهبُ أبي حَنِيفَةَ في هذا: أَنَّهُ لا يُعَزَّرُ، ولكنْ يُعَرَّفُ للنَّاسِ، ويُشَهَّرُ ويُنادَىٰ عليْهِ في قَبِيلَتِه، أوْ في سُوقِه، ويُحَذَّرُ الناسُ منهُ».

قالَ أَبو بكرٍ: «وَهذا إذا كانَ قَد تابَ، فأَمَّا إذا لَمْ يكُنْ قَد تابَ، ويَقولُ: إنِّي [قَد][1] شهدتُ بالزُّورِ، وأَنا على ذلِكَ؛ فإنَّ هذا ينبغي أنْ يُعَزَّرَ».

لأبي حَنِيفَةَ: أنَّ قولَه: «شهدتُ بالزُّورِ» توبةٌ وندَمٌ علىٰ ما فعَلَ، إذا لَمْ يكُنْ مُصِرًّا عليْهِ، والتَّائبُ لا يجبُ عليْه التَّعْزيرُ؛ لأنَّا لوْ أوجبْناهُ أوْجَبْناهُ لتَوْبتِه، فأَمَّا إذا كانَ مُصِرًّا علىٰ ذلِكَ؛ فإنَّه يُعزَّرُ؛ لأنَّ في ذلكَ أصرَّ علىٰ ارتكابِ المعاصِي، وإتلافِ حُقُوقِ النَّاسِ بشهادتِه.

قولُه: (وَالتَّسْخِيمِ)، بالجرِّ عطفًا علىٰ قولِه: (بِدَلَالَةِ التَّبْلِيغِ)، يُقالُ: سَخَّمَ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ».

وَفَائِدَتُهُ أَنَّ شَاهِدَ الزُّورِ فِي حَقِّ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْحُكْمِ هُوَ الْمُقِرُّ عَلَىٰ نَفْسِهِ [٥٦/ط] ذَلِكَ، فَأَمَّا لَا طَرِيقَ إِلَىٰ إِثْبَاتِ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ لِأَنَّهُ نَفْيٌ لِلشَّهَادَةِ وَالْبَيِّنَاتُ لِلْإِثْبَاتِ.

غاية البيان

وَجْهَهُ، أي: سَوَّدَهُ.

قولُه: (وَفَائِدَتُهُ)، أيْ: فائدةُ وَضْعِ «الجامع الصغير»، وهذا لأنَّ وَضْعَ المسألةِ فيه: فيما إذا أقرَّا أنَّهما شَهِدَا بزُورٍ.

وفائدتُه: أنَّه لا يَثْبُتُ كذبُ الشَّاهِدِ إلَّا بإقْرارِه؛ إذْ لا سبيلَ إلىٰ معرفةِ ذلِكَ بالبَيِّنَةِ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ إذا قامتْ علىٰ أنَّهما شَهِدَا بغيرِ حقٍّ؛ فَلا يُلْتَفَتُ إلىٰ ذلِكَ؛ لأنَّ الشَّهَادَةَ علىٰ النفْي لا تُسْمَعُ.

والله سُبحانَه أعْلَمُ

كِتَابُ
الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

قَالَ: وَإِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا؛ سَقَطَتْ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ إِنَّمَا يَثْبُتُ بِالْقَضَاءِ وَالْقَاضِي لَا يَقْضِي بِكَلَامٍ مُتَنَاقِضٍ وَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا لِأَنَّهُمَا مَا أَتْلَفَا شَيْئًا لَا عَلَى الْمُدَّعِي وَلَا عَلَى الْمَشْهُودِ عَلَيْهِ.

كِتَابُ
الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ

والتَّناسُبُ ظاهرٌ بينَ الرُّجُوعِ عَنِ الشَّهَادَةِ، وبينَ ما تقدَّمَ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ عنها يقتضي سابقةَ الشَّهَادَةِ لا مَحالةَ.

قيلَ: رُكْنُه قولُ الشَّاهِدِ: شهدتُ بزُورٍ.

وشَرْطُه: أنْ يكونَ عندَ القاضي.

وحُكْمُه [٢/٢٧٦ظ]: إيجابُ التَّعْزِيرِ علىٰ كلِّ حالٍ، سواءٌ رَجَعَ قبلَ اتِّصالِ القَضاءِ بالشَّهادةِ، أوْ بعدَ اتِّصالِ القَضَاءِ، والضَّمَانُ معَ التَّعْزِيرِ إنْ رَجَعَ بعدَ القَضَاءِ، وكانَ المشهودُ به مالًا، وقدْ أزالَه بغيرِ عِوَضٍ.

والرُّجُوعُ عنِ الشَّهَادَةِ مَشْرُوعٌ بالإجماعِ، وأثرُ عُمَرَ ﷺ قالَ: «الرُّجُوعُ إِلَىٰ الحَقِّ خَيْرٌ مِنَ التَّمَادِي علىٰ البَاطِلِ»[1].

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا رَجَعَ الشُّهُودُ عَنْ شَهَادَتِهِمْ قَبْلَ الحُكْمِ بِهَا؛ سَقَطَتْ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، وإنَّما تسْقُطُ الشَّهَادَةُ بِالرُّجوعِ قبلَ الحُكْمِ؛ لأنَّ

(١) أخرجه: الدارقطني في «سننه» [٤/٢٠٧]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [١١٩/١٠]، عن عُمَرَ ﷺ به نحوه.

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

فَإِنْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا؛ لَمْ يُفْسَخِ الحُكْمُ؛ لِأَنَّ آخِرَ كَلَامِهِمْ

غاية البيان

الشَّهَادَةَ لا يَتعَلَّقُ بِها حُكْمٌ قبْلَ القَضَاءِ، فإذا لَمْ يَقْضِ القاضي بِها؛ صارَ وُجودُها وعدمُها سواءً، فَسَقطَتْ؛ وهذا لأنَّ [٥/٣٩٣ظ/م] القاضيَ إنَّما يَقْضِي بكلامٍ يَتَرَجَّحُ لَه فيهِ جانبُ الصدْقِ علىٰ الكذِبِ، والكلامُ المتناقِضُ مِن الشُّهودِ لا رُجْحانَ فيهِ لِلصِّدقِ علىٰ الكذِبِ، فَلا يَصيرُ حُجَّةً، فَسقطَتِ الشَّهادَةُ، ولا يلزمُ الضَّمانُ علىٰ الشُّهودِ؛ لأنَّه لَمْ يُوجَدْ منهُم الإتْلافُ.

قولُه: (فَإِنْ حَكَمَ بِشَهَادَتِهِمْ ثُمَّ رَجَعُوا؛ لَمْ يُفْسَخِ الحُكْمُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[١]، وذلِكَ لأنَّ الشَّاهِدَ لَمَّا أكذَبَ نفْسَه بِالرُّجوعِ تناقَضَ كلامُه، والقَضَاءُ بالكلامِ المتناقِضِ لا يَجوزُ، فَلا يَفْسَخُ القاضي حُكْمَه بِالرُّجوعِ، ولأنَّ الرُّجُوعَ لَيسَ بشَهادَةٍ؛ بدليلِ أنَّه لا يُشْتَرطُ فيهِ لفظةُ الشَّهادَةِ، وما ليسَ بِشَهادَةٍ لا يَبْطُلُ بِه الحُكْمُ.

وذكرَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»[٢] وقالَ: حَدَّثَنا وَهْبُ بْنُ جَرِيرِ بْنِ حَازِمٍ قَالَ: حَدَّثَنَا شُعْبَةُ عَنْ يَزِيدَ بْنِ زَاذِي[٣] عَنِ الشَّعْبِيِّ: فِي شَاهِدَيْنِ شَهِدَا أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ، فَفَرَّقَ القَاضِي بَيْنَهُمَا، ثُمَّ إِنَّ أَحَدَهُمَا رَجَعَ عَنْ شَهَادَتِهِ، وَتَزَوَّجَ الآخَرُ المَرْأَةَ، قَالَ: «هَذَا حُكْمٌ لَا يُرَدُّ»[٤]، يُريدُ بِهذا: أنَّ رُجوعَ الشَّاهِدِ بعدَ القَضاءِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

(٢) هذا الأثر: لَمْ يذكره أبو بكر الرازِيُّ في شَرحه علىٰ «أدب القاضي/ للخَصَّاف»، وعلَّقه الصدرُ الشهيد في شَرْحه. وهو ثابتٌ موصول في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/٢٤٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٥٠٥]، و«شرح أدب القاضي شرْح» لأبي بكر الرازِيِّ [ق/٢١٥/ب/ مخطوط دار الكتب المصرية/ (رقم الحفظ: ٢١٣)].

(٣) هو: يَزِيد بْن زَاذِي، مولىٰ بَجِيلَة، وعم يزيد بْن هارون بْن زاذِي. ينظر: «التاريخ الكبير» للبخاري [٨/٣٣٤]. و«الجرح والتعديل» لابن أبي حاتم [٩/٢٦٣].

(٤) أخرجه: ابن أبي شيبة في «المصنف» [رقم/١٩٢١٥]، وسعيد بن منصور في «سننه»=

بُنَاقِضُ أَوَّلَهُ فَلَا يُنْقَضُ الْحُكْمُ بِالتَّنَاقُضِ وَلِأَنَّهُ فِي الدَّلَالَةِ عَلَى الصِّدْقِ مِثْلُ

لا يكونُ مُعْتبرًا في إبطالِ القَضَاءِ.

قالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي» للخَصَّافِ: «ورُوِيَ عَنْ إبْراهيمَ النَّخَعِيِّ: أنَّه إنْ كانَ حالُ الشُّهودِ عندَ الرُّجُوعِ أحسنَ مِن حالِهِمْ وَقْتَ الأداءِ صحَّ الرُّجُوعُ، وإنْ كانَ حالُهُم في أداءِ الشَّهادَةِ أَحسنَ؛ لَمْ يصحَّ الرُّجُوعُ».

قالَ: «وهذا قولُ أَبِي حَنِيفَةَ الأوَّلُ، فَأَمَّا في قولِه الآخَرِ: قالَ بأنَّ رُجوعَ الشَّاهِدِ لا يُعْتَبَرُ في حقِّ إبطالِ قَضاءِ القاضي؛ لأنَّه مُناقِضٌ[1]، فَلا يُقْبَلُ قولُه، لكِن يصحُّ الرُّجُوعُ في حقِّ نفسِه، حتَّى يجبَ عليْهِ الضَّمَانُ».

والأصلُ فيهِ: قولُ عَلِيٍّ ﷺ، فإنَّه رُوِيَ: أنَّ رَجُلَيْنِ أتيا عليًّا برَجُلٍ، فشَهِدَا عَلَيْهِ أنَّه سَرَقَ، فقطَع عَلِيٌّ ﷺ، يدَه، ثمَّ جاءَا بعد ذلكَ فقَالا: غَلِطْنا في الأوَّلِ، إنما كَانَ هَذا الذِي سَرَقَ! فقَالَ عَلِيٌّ ﷺ: «لَا أُصَدِّقُكُمَا عَلَى هَذا الثَّاني، وَأُغَرِّمُكُما دِيَةَ الأَوَّلِ، ولَوْ علِمْتُ أنَّكُما قَد تَعَمَّدْتُما[2] ذلكَ؛ لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُما»[3].

ذكَرَ محمدٌ ﷺ في كتابِ الرُّجُوعِ عَن الشَّهادَةِ: أنَّه قالَ: «أُغَرِّمُكُمَا دِيَةَ يَدِ الأوَّلِ»[4].

والخَصَّافُ أورَدَ ههُنا وقالَ: «أُغَرِّمُكُمَا الدِّيَةَ»[5]، فيُحْمَلُ أنَّ القطعَ سَرَى

= [رقم/٢١٥٢]، من طريق: يَزِيدَ بْنِ زَاذِيٍّ عَنِ الشَّعْبِيِّ ﷺ به نحوه.

(١) في «غ» و«م»: «متناقض».

(٢) وقع بالأصل: «عمدتما». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) علقه: البخاري: في كتاب الديات/ باب إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب أو يقتص منهم كلهم [٢٥٢٦/٦]، ووصله عبد الرزاق في «مصنفه» [رقم/١٨٤٦١]، والدارقطني في «سننه» [١٨٢/٣]، عن الشعبيّ عن عَلِيٍّ ﷺ به نحوه.

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٢/٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٥) هذا اللفظ: لَمْ نظفَر به في سياق الأثر الماضي عند الخصَّاف، وأصلُ الخبر ثابتٌ عنده دون قضية=

الْأَوَّلِ، وَقَدْ تَرَجَّحَ الْأَوَّلُ بِاتِّصَالِ الْقَضَاءِ بِهِ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوا بِشَهَادَتِهِمْ لِإِقْرَارِهِمْ عَلَىٰ أَنْفُسِهِمْ بِسَبَبِ الضَّمَانِ، وَالتَّنَاقُضُ لَا يَمْنَعُ صِحَّةَ الْإِقْرَارِ، وَسَنُقَرِّرُهُ مِنْ بَعْدُ إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَىٰ.

قَالَ: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ لِلشَّهَادَةِ فَيَخْتَصُّ

غاية البيان

إلىٰ النفْسِ، فيكونُ الواجبُ دِيَةَ النفْسِ.

فثَبَتَ بهذا: أنَّ رجوعَ الشُّهودِ يصحُّ في حقِّ وُجوبِ الضَّمانِ، فأمَّا في حقِّ إبْطالِ قَضَاءِ القاضي فَلا يصحُّ. كذا في «شرْح أدب القاضي».

قولُه: (وَعَلَيْهِمْ ضَمَانُ مَا أَتْلَفُوا [٥/٣٩٤و/م] بِشَهَادَتِهِمْ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّهما أقرَّا بأنَّهما تعدَّيَا ووَضَعا الشَّهَادَةَ في غيرِ موضعِها، وصارَ ذلكَ سببًا إلىٰ تلَفِ المالِ، والإتلافُ بسببٍ إذا كانَ بسبيلِ التَّعدِّي يُوجِبُ الضَّمانَ، كما في حافِرِ البئْرِ، وواضِعِ الحَجَرِ علىٰ قارعةِ الطَّريقِ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّ كَلامَ [٢/٢٧٧و] الشُّهودِ مُتناقِضٌ، ولا يَمْنَعُ ذلكَ صحَّةَ الإقْرارِ؛ لكونِه غيرَ متَّهمٍ علىٰ نفسِه، ولا يُسْتَرَدُّ المالُ مِن المحْكومِ لَه؛ لأنَّ رُجوعَ الشَّاهِدِ صحَّ في حقِّ نفْسِه، لا في حقِّ غيرِه.

قولُه: (قَالَ: وَلَا يَصِحُّ الرُّجُوعُ إِلَّا بِحَضْرَةِ الحَاكِمِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، وذلِكَ لأنَّ الرُّجوعَ عَن الشَّهَادَةِ ـ وإنْ لَمْ يكُن شَهَادَةً ـ فَسْخٌ

= التغْرِيم، والأثرُ كلّه لَمْ يَذْكره أبو بكر الرازِيُّ في شَرْحه علىٰ «أدب القاضي/ للخَصَّاف»، وعلَّقه الصدرُ الشهيد في شَرْحه. وهو ثابتٌ موصول في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/٢٤٨/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٤/٥٠٥ ـ ٥٠٦]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيّ [ق٢١٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٦٥٨)].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٢٣].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/٢٢٣].

بِمَا تَخْتَصُّ بِهِ الشَّهَادَةُ مِنَ الْمَجْلِسِ وَهُوَ مَجْلِسُ الْقَاضِي أَيَّ قَاضٍ كَانَ، وَلِأَنَّ الرُّجُوعَ تَوْبَةٌ وَالتَّوْبَةُ عَلَىٰ حَسَبِ الْجِنَايَةِ، فَالسِّرُّ بِالسِّرِّ وَالْإِعْلَانُ بِالْإِعْلَانِ.

غاية البيان

لِلشَّهَادَةِ ونَقْضٌ لَها، فكانَ مُقابلًا للشَّهَادَةِ، فَاختصَّ بموْضعِ الشَّهَادَةِ، كالسَّوَادِ معَ البَياضِ لَمَّا كانا مُتقابلَيْنِ ومُتضادَّيْنِ؛ اشْتُرِطَ لِلتضادِّ اتحادُ المحلِّ، فكذا هُنا.

ولأنَّ الرُّجُوعَ عَنِ الشَّهَادَةِ توبةٌ عَن جِنايةِ الكذِبِ، والتَّوْبَةُ إنَّما تكونُ علىٰ حسبِ الجنايةِ، والجنايةُ كانتْ مُختصَّةً بمجلسِ القَضَاءِ، فينبَغي أنْ تختصَّ التَّوْبَةُ عنها - وهيَ الرُّجُوعُ عنِ الشَّهَادَةِ الباطِلةِ - مُخْتصًّا بمجلسِ القَضَاءِ أيضًا، ألَا ترىٰ إلىٰ ما رُوِيَ عَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ﷺ: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ بَعَثَهُ إِلَى الْيَمَنِ فَقَالَ مُعَاذٌ: وَصِّنِي يَا رَسُولَ اللهِ قَالَ: **«عَلَيْكَ بِتَقْوَىٰ اللهِ مَا اسْتَطَعْتَ، وَاذْكُرِ اللهَ عِنْدَ كُلِّ شَجَرٍ وَحَجَرٍ، وَإِذَا عَمِلْتَ شَرًّا؛ فَأَحْدِثْ تَوْبَةً، السِّرُّ بِالسِّرِّ، وَالعَلَانِيَةُ بِالعَلَانِيَةِ»**[1]، وفي هذا الحديثِ لطائفُ ذكَرَها أبو بكرِ بنُ أبي إسْحاقَ [الكَلَاباذِيُّ][2] في **«بحر الفوائد»**[3].

والحاصلُ في المسألةِ: ما ذكرَه في **«الفتاوىٰ الصغرىٰ»**[4]: «الشَّاهِدُ إذا رَجَعَ في غيرِ مجلسِ القَضَاءِ؛ لا يَصحُّ، ولوْ رَجَعَ في مَجلسِ قاضٍ غيرِ القاضي الَّذي شَهِدَ عندَه؛ صحَّ، حتَّىٰ لوِ ادَّعَىٰ المشهودُ عليْهِ رجوعَ الشَّاهِدِ في غيرِ مَجلسِ القاضي، فأقامَ البيِّنَةَ عليْه؛ لا تُقْبَلُ، ولوِ ادَّعَىٰ رجوعَه عندَ قاضٍ آخرَ؛ تُقْبَلُ البيِّنةُ عليْه، ولوِ ادَّعَىٰ رجوعَه مُطلقًا: ذكرَ شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه في **«المبسوط»**: أنَّه لا يُقْبَلُ.

(١) أخرجه: ابن أبي شيبة [رقم/٣٤٣٢٥]، وأحمد بن حنبل في «الزهد» [ص/٢٦]، وهناد في «الزهد» [٥٣١/٢]، عن مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ﷺ به نحوه.

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ت»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «بحر الفوائد/ المشهور بمعاني الأخبار» للكلاباذي [ص/٣٦٣].

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٩٣].

وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ الرُّجُوعُ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَاضِي، فَلَوْ ادَّعَىٰ الْمَشْهُودُ عَلَيْهِ رُجُوعَهُمَا وَأَرَادَ يَمِينَهُمَا لَا يَحْلِفَانِ، وَكَذَا لَا تُقْبَلُ بَيِّنَتُهُ عَلَيْهِمَ ادَّعَىٰ رُجُوعًا بَاطِلًا، حَتَّىٰ لَوْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ رَجَعَ عِنْدَ قَاضِي كَذَا وَضَمَّنَهُ الْمَالَ تُقْبَلُ

﴿ غاية البيان ﴾

وإذا لَمْ يكُنْ لمُدَّعِي الرُّجُوعِ بَيِّنَةٌ، وأرادَ استِحْلافَ الشَّاهِدِ، فإنْ كانَ يَدَّعِي رجوعَه مُطلقًا، وفي[١] غيرِ مَجلسِ القاضي؛ لا يُسْتَحْلَفُ، وإنْ كانَ يَدَّعِي رجوعَه في مجلسِ القَضَاءِ؛ يُسْتَحْلَفُ إذا ادَّعَىٰ [٥/٣٩٤ظ/م] الرُّجُوعَ علىٰ الشُّهودِ وأرادَ استِحْلافَه، [أوْ إقامةَ][٢] البَيِّنَةِ عَلىٰ ذلِكَ، فإنِ ادَّعَىٰ الرُّجُوعَ في غيرِ مَجلسِ القاضي؛ لا يصحُّ، ولوِ ادَّعَىٰ الرُّجُوعَ عندَ القاضي، ولَمْ يَدَّعِ القَضَاءَ بالرجوعِ؛ لا يصحُّ؛ لأنَّ الرُّجُوعَ عندَ القاضي إنَّما يصحُّ إذا اتَّصلَ بِه القَضَاءُ.

أمَّا إذا ادَّعَىٰ الرُّجُوعَ عندَ القاضي والقَضَاءَ بذلِكَ؛ يصحُّ ويُسْتَحْلَفُ الشَّاهِدُ، وتُقْبَلُ البَيِّنَةُ على ذلِكَ، ولوْ شَهِدَ عندَ قاضٍ ورَجَعَ عندَ قاضٍ آخرَ؛ يصحُّ ويجبُ الضَّمَانُ عليْه، لكِنْ إذا قضَىٰ عليْهِ هَذا القاضي بِالضَّمَانِ، كَما لوْ رَجَعَ عندَ القاضي الَّذي شَهِدَ عِندَه، إنَّما يَجبُ عليْهِ الضَّمَانُ إذا قضَىٰ القاضي عليْه بِالضَّمَانِ، ونقَلَهُ عَن شرْحِ شيخِ الإسْلامِ خُوَاهَر زَادَه ﷺ».

ثمَّ قالَ[٣]: «وكانَ أُستاذُنا فخرُ الدِّينِ يَسْتَبْعِدُ تَوَقُّفَ صِحَّةِ الرُّجُوعِ عَلىٰ القَضَاءِ بِالرُّجوعِ أوْ بِالضَّمَانِ»[٤].

قولُه: (ادَّعَىٰ رُجُوعًا بَاطِلًا)؛ لأنَّ الرُّجُوعَ فِي غَيرِ مَجلسِ القاضي لَيسَ بِصحيحٍ.

(١) وقع بالأصل: «أو في». والمثبت من: «ن»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق١٩٣/ب/مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٤٧)].

(٢) ما بين المعقوفين: في «م»: «وإقامة البينة».

(٣) يعني: صاحب «الفتاوىٰ الصغرىٰ».

(٤) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [٢/ ١٥٣].

لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ.

وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ، فَحَكَمَ الحَاكِمُ بِهِ ثُمَّ رَجَعَا؛ ضَمِنَا المَالَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ التَّسْبِيبَ عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي سَبَبُ الضَّمَانِ كَحَافِرِ الْبِئْرِ وَقَدْ سَبَّبَا لِلْإِتْلَافِ تَعَدِّيًا.

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّ السَّبَبَ صَحِيحٌ)، أيْ: سببَ التَّضمينِ والرُّجُوعِ عندَ القاضي.

قولُه: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِمَالٍ، فَحَكَمَ الحَاكِمُ بِهِ ثُمَّ رَجَعَا؛ ضَمِنَا المَالَ لِلْمَشْهُودِ عَلَيْهِ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وهوَ مذهبُ مالكٍ[2]، وأحمدَ [بنِ حَنْبَلٍ][3] رحمهما الله[4].

وقالَ في «شرح الأقطع»[5]: «قالَ الشَّافِعِيُّ رحمه الله في قولِه الجديدِ: لا ضَمَانَ عليهِم[6]».

لَه: أنَّه اجتمَعَ في هذا الإتلافِ السَّببُ والمباشرةُ، ولا عِبْرَةَ لِلسَّبَبِ مَعَ وُجودِ المباشرةِ، فسقَطَ حُكْمُ السَّبَبِ، فَلا يجبُ الضَّمانُ على الشُّهودِ، كالحافِرِ معَ الدَّافِعِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

(٢) ينظر: «التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [٨/٢٤٤]، و«شرح مختصر خليل» للخرشي [٧/٢٢٠]. و«منح الجليل» لعُلَيْش [٨/٥٠٥].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«غ».

(٤) ينظر: «المغني» لابن قدامة [١٠/٢٢٢]. و«المبدع في شرح المقنع» لابن مفلح [٨/٣٤٤]، و«كشاف القناع» للبهوتي [٦/٤٤١].

(٥) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٣].

(٦) الصحيح المنصوص في مذهب الشافعي: هو وجوب الضمان. ينظر: «التنبيه في الفقه الشافعي» للشيرازي [ص/٢٧٣]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٨/٣٠٠]. و«روضة الطالبين» للنووي [١١/٢٩٦].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: لَا يَضْمَنَانِ لِأَنَّهُ لَا عِبْرَةَ لِلسَّبَبِ مَعَ وُجُودِ المُبَاشَرَةِ.

غاية البيان

وَلنا: أنَّ الشُّهودَ [٢/٢٧٧ظ] لَمَّا رجَعوا عُلِمَ أنَّ المالَ وصَلَ إلى المقْضِيِّ له بغَيرِ حقٍّ؛ لأنَّ القاضيَ قضَى بشهادَتِهم، وشهادتُهم كانَتْ باطلةً، وتَسليمُ مالِ الغيرِ إلى الغَيرِ بغَيرِ حقٍّ مُوجبٌ لِلضَّمانِ، والضَّمانُ لا يَجبُ على المَقْضِيِّ له، وعلى القاضي بِالإجْماعِ.

أمَّا على المَقْضِيِّ لَه: فلأنَّ رُجوعَ الشُّهودِ لا يَصحُّ في حقِّ الغَيرِ.

وأمَّا على القاضي: فلأنَّه كالمُلْجَإِ على القَضَاءِ؛ لأنَّ القَضَاءَ فرْضٌ علَيْهِ بِما ثبَتَ عندَه ظاهرًا، حتَّى لوْ لَمْ يَرَ وجوبَ القَضَاءِ عليْه؛ يَكْفُرُ، ولوْ رأَى ذلكَ ومعَ هذا أخَّرَ القَضَاءَ؛ يَفْسُقُ، وإذا كانَ كالمُلْجَإِ صارَ مَعْذورًا في قضائِه، ولأنَّه لوْ وجَبَ الضَّمانُ على القاضي؛ لامتَنَعَ[1] الناسُ عَن تقلُّدِ القَضَاءِ خوفًا عنِ الضَّمانِ، فتَتَعَطَّلُ حينئذٍ أمورُ المسلمينَ، فلَمْ نُوجِبِ الضَّمانَ عليْه؛ كَيْلَا تتعطَّلَ أمورُ النَّاسِ.

ثمَّ لَمَّا لَمْ يجبِ الضَّمانُ [٥/٣٩٥و/م] على المَقْضِيِّ له، وعلى القاضي؛ تعَيَّنَ إيجابُ الضَّمانِ على الشُّهودِ؛ لأنَّهم صارُوا سببًا لإزالةِ مالٍ مُتَقَوِّمٍ للغيرِ بغيرِ حقٍّ، كما لوْ شهِدوا بالعتقِ ثمَّ رجَعوا، ولأنَّ التَّسْبيبَ على وَجْهِ التَّعدِّي يُوجِبُ الضَّمانَ، كحافِرِ البئْرِ، ووَاضعِ الحَجَرِ، فوَجَبَ الضَّمانُ على الشُّهودِ.

وقولُه: (لَا عِبْرَةَ للسَّببِ مَعَ وُجُودِ المُبَاشَرَةِ)، ينتَقِضُ بشهودِ القِصَاصِ إذا رجَعوا على أصْلِه، وبالمُحْرِمِ إذا أمسَكَ صيدًا حتَّى قتَلَهُ مُحْرِمٌ آخَرُ.

لا يُقالُ: إنَّ الشهودَ لَمْ يُوجَدْ منهُم إلَّا مجرَّدُ القولِ، ومجرَّدُ القولِ لا يُوجِبُ الضَّمانَ.

لِأَنَّا نَقُولُ: يَبْطُلُ ذلكَ بِشهودِ العِتْقِ والطَّلَاقِ قَبلَ الدُّخولِ إذا رجَعوا.

---

(١) وقع بالأصل: «لا امتنع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قُلْنَا: تَعَذَّرَ إِيجَابُ الضَّمَانِ عَلَىٰ الْمُبَاشِرِ وَهُوَ الْقَاضِي لِأَنَّهُ كَالْمَلْجَإِ إِلَىٰ الْقَضَاءِ، وَفِي إِيجَابِهِ صَرْفُ النَّاسِ عَنْ تَقَلُّدِهِ وَتَعَذُّرُ اسْتِيفَائِهِ مِنَ الْمُدَّعِي لِأَنَّ الْحُكْمَ مَاضٍ فَاعْتُبِرَ التَّسْبِيبُ، وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبَضَ الْمُدَّعِي الْمَالَ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا؛ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ بِهِ يَتَحَقَّقُ، ولأنه لَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ أَخْذِ الْعَيْنِ وَإِلْزَامِ الدَّيْنِ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنَّمَا يَضْمَنَانِ إِذَا قَبَضَ الْمُدَّعِي الْمَالَ دَيْنًا كَانَ أَوْ عَيْنًا؛ لِأَنَّ الْإِتْلَافَ بِهِ يَتَحَقَّقُ)، يعْني: أنَّ الشَّاهدَيْنِ إذا رجَعا إنَّما يضْمَنانِ إذا قَبَضَ المشهودُ له المالَ مِن المشْهودِ عليْه، سواءٌ كانَ المشْهودُ به دَيْنًا أوْ عيْنًا؛ لأنَّ الضَّمَانَ يَجبُ على الشُّهودِ بالإتْلافِ، وَلا يَتحَقَّقُ الإتلافُ بدونِ قَبْضِ المشْهودِ لَه المالَ، وهذا هوَ اختيارُ شمسِ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيِّ.

وأمَّا شيخُ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه ﷺ: فقدْ فَرَّقَ بينَ العينِ والدَّيْنِ، فَفي العَينِ: يجبُ الضَّمَانُ علىٰ الشُّهودِ إذا رجَعوا قَبَضَ المشهودُ له المالَ أوْ لَمْ يَقْبِضْ، وفي الدَّيْنِ: لا يجبُ الضَّمَانُ ما لَمْ يَسْتَوْفِ المشْهودُ لَه ذلِكَ مِنَ المشْهودِ عليْه.

وإلىٰ هذا ذهبَ شمسُ الأئمَّة البَيْهَقِيُّ في قسْم «المبسوط» مِن «الشامل» فقالَ: «شَهِدَا بعيْنٍ ثمَّ رجَعا؛ ضَمِنَا قيمتَه، قَبَضَه المشهودُ له أمْ لا؛ لأنَّهما أزَالَا مِلْكَ الآخرِ عَن العينِ المَقْضِيِّ به، أوْ لأنَّهما حالَا بيْنَه وبينَ مالِه، فإنْ كانَ المشْهودُ به دَيْنًا، ثمَّ رَجَعَ الشُّهودُ قبْلَ قَبْضِ الدَّيْنِ؛ لا يَضْمَنونَ؛ لأنَّهما مَا أتلفَا وما حالَا، ولأنَّهما أوْجَبا دَيْنًا، فَلا يُوجِبُ ضَمَانَ العينِ؛ لأنَّ ضَمَانَ العدْوانِ مُقَيَّدٌ بالمِثْلِ، ولا مُمَاثَلَةَ بينَ الدَّيْنِ والعَينِ، لا جَرَمَ لوْ قَبَضَ المشهودُ لَه وصارَ عيْنًا يَضْمَنُ». إلىٰ هنا لَفْظُ «الشامل».

قولُه: (وَلِأَنَّهُ لَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ أَخْذِ الْعَيْنِ وَإِلْزَامِ الدَّيْنِ)، يعْني: أنَّ المشْهودَ به إذا كانَ دَيْنًا، ولَمْ يَسْتَوْفِه المشْهودُ لَه؛ لا يجبُ الضَّمَانُ على الشُّهودِ؛ لأنَّ الضَّمَانَ

فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ وَالْأَصْلُ أَنَّ الْمُعْتَبَرَ فِي هَذَا بَقَاءُ مَنْ بَقِيَ لَا رُجُوعُ مَنْ رَجَعَ وَقَدْ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ نِصْفُ الْحَقِّ.

يعتَمِدُ على المُمَاثَلةِ، ولا مُمَاثَلةَ بينَ العينِ والدَّيْنِ.

وَجْهُ قولِ السَّرَخْسِيِّ - [٣٩٥/٥ظ/م] في شرْطِ القَبْضِ لضمانِ العَينِ -: أنَّ قَضَاءَ القاضي بِالمِلْكِ لِلمَقْضِيِّ لَه في زَعْمِ المَقْضِيِّ عليْهِ بَاطِلٌ، والمرءُ مُؤَاخَذٌ بزَعْمِه، فَلا يُضَمَّنُ الشهودَ ما لَمْ يخرجِ المِلْكُ عَن يدِه.

قولُه: (فَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا ضَمِنَ النِّصْفَ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

[٢٧٨/٢و] والأصلُ هنا: ما ذكَروا في «شرح الجامع الكبير»: أنَّ العِبرةَ في الرُّجُوعِ لِبقاءِ مَن بقِيَ، لا لِرجوعِ مَن رَجَعَ، وأنَّ الشَّاهِدَ بِرُجوعِه يَضْمَنُ لِلمشْهودِ عليْه ما أثبتَ بشهادتِه للمشْهودِ لَه، ورجوعُه يُعْتَبرُ في حقِّ الضَّمَانِ عليْه، لا في إبْطالِ مَا ثبتَ لِلمشْهودِ لَه.

وإنَّما قُلنا: إنَّ العبرةَ لِبقاءِ مَن بقِيَ لَه؛ لأنَّه لَو كانَتِ العِبرةُ لرُجوعِ مَن رَجَعَ؛ لزِمَ أنْ يكونَ الضَّمَانُ واجبًا على الرَّاجعِ معَ بقاءِ الحقِّ عندَ وُجودِ المبْقِي[2]، كما إذا رَجَعَ أحدُ الثَّلاثةِ؛ لأنَّه لو كانَ كذلكَ؛ لكانَ ضَمَانُ الإتلافِ بِلا تلَفٍ، وهو فَاسِدٌ، إذِ الحقُّ باقٍ لَمْ يتلَفْ منهُ شيءٌ ببقاءِ الشَّاهدَيْنِ.

وإذا ثبتَ هذا الأصلُ قُلنا: إنَّ أحدَ الشَّاهدَيْنِ لَمَّا رَجَعَ بقِيَ نِصْفُ الحقِّ ببقاءِ الشَّاهِدِ الآخَرِ علىٰ شَهادَتِه، فإذا كانَ البَاقِي نِصْفَ الحقِّ؛ كانَ التالفُ نِصْفَ الحقِّ لا محالةَ، فيَضْمَنُه الراجعُ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

(٢) وقع بالأصل: «المنفي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَإِنْ شَهِدَا بِالمَالِ ثَلَاثَةً، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ بَقِيَ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ، وَهَذَا لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالحُجَّةِ، وَالمُتْلَفُ مَتَى اسْتُحِقَّ ؛ سَقَطَ الضَّمَانُ، فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ.

فَإِنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ المَالِ ؛ لِأَنَّ بِبَقَاءِ أَحَدِهِمْ يَبْقَى

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ شَهِدَا بِالمَالِ ثَلَاثَةٌ، فَرَجَعَ أَحَدُهُمْ ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وهوَ بناءٌ على الأصلِ المتقدِّم، وذلكَ لأنَّ كلَّ الحقِّ لَمَّا بقِيَ بشَهَادَةِ مَن بقِيَ على شَهَادَتِه ؛ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الرَّاجعِ إتلافُ شيءٍ، فلَمْ يلزمْه الضَّمَانُ.

وقولُه: (وَهَذَا لِأَنَّ الِاسْتِحْقَاقَ بَاقٍ بِالحُجَّةِ، وَالمُتْلَفُ مَتَى اسْتُحِقَّ ؛ سَقَطَ الضَّمَانُ، فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ)، وهذا إِشَارَةٌ إلى قولِه: (لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَى بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الحَقِّ).

بيانُه: أنَّ اسْتِحْقَاقَ المشهودِ لَه للمشهودِ بِه ـ بعدَ رجوعِ أحدِ الثَّلاثةِ ـ باقٍ ببقاءِ الحُجَّةِ. أعْني: ببقاءِ الشَّاهدَيْنِ ؛ لأنَّ الاِسْتِحْقَاقَ متَى ثبتَ في المتْلَفِ يُزِيلُ الضَّمَانَ ويرفَعُه، وهُنا فيما نحنُ فيهِ لَمْ يجبِ الضَّمَانُ بعْدُ، فأَوْلَى أنْ يدفعَه الاسْتِحْقَاقُ الثَّابتُ بِالحُجَّةِ ويَمْنَعَه ؛ لأنَّ الدَّفْعَ أَسهلُ مِنَ الرَّفْعِ، كما إذا أتلَفَ إنسانٌ مالَ زيدٍ مثلًا، فقضَى القاضي بضمانِه عليْهِ لزَيْدٍ، ثمَّ استَحَقَّ العينَ المتْلَفَ عَمْرٌو، وأخَذَ الضَّمَانَ عن المتْلِفِ ؛ سَقَطَ ذلكَ الضَّمَانُ الواجبُ لزَيْدٍ.

قولُه: (فَأَوْلَى أَنْ يَمْتَنِعَ)، أيِ: الضَّمَانُ.

قولُه: (فَإِنْ رَجَعَ الآخَرُ ضَمِنَ الرَّاجِعَانِ نِصْفَ المَالِ)، وهذا أيضًا لفظُ [٤/٣٩٦و/م] القُدُورِيِّ ﷺ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

نِصْفُ الْحَقِّ وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَرَجَعَتِ امْرَأَةٌ؛ ضَمِنَتْ رُبُعَ لِبَقَاءِ ثَلَاثَةِ الْأَرْبَاعِ بِبَقَاءِ مَنْ بَقِيَ (وَإِنْ رَجَعَتَا ضَمِنَتَا نِصْفَ الْحَقِّ) لِأَنَّ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ بَقِيَ نِصْفُ الْحَقِّ وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشَرَةُ نِسْوَةٍ، ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٍ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ؛

غاية البيان

وذلكَ بناءٌ على الأصلِ المتقدِّمِ أيضًا؛ لأنَّ العبرةَ لَمَّا كانَ لِبقاءِ مَن بقِيَ؛ كانَ الباقِيَ نِصْفَ الحقِّ، فإذا بقِيَ نِصْفُ الحقِّ كانَ التالفُ بالرّجوعِ نِصْفَ الحقِّ لا محالةَ، فيَضْمنُه الرَّاجِعانِ جَميعًا؛ لأنَّ أحدَهُما ليسَ بأَوْلَىٰ مِنَ الآخَرِ، فكانَ ضَمَانُ النِّصْفِ عليْهِما علىٰ السَّواءِ.

وأَوْرَدَ في «شرح الأقطع» في هذا المقامِ سُؤالًا وجوابًا فقالَ:

«فإنْ قيلَ: لوْ قالَ الراجعُ الأولُ: كيفَ يَجوزُ أنْ يلزمَني الضَّمانُ برجوعِ غَيري، وفي وَقْتِ رُجوعي لَمْ يجبْ عَلَيَّ شيءٌ؟

قيلَ لَه: كما يَلزمُ الضَّمانُ جميعَ الشُّهودِ إذا رجَعَوا وهُم ثلاثةٌ، ولوْ قالَ واحدٌ منهُم: لوْ رجعْتُ وحْدي لَمْ يلزمْني الضَّمانُ؛ لأنّي ثالثُهم؛ لَمْ يُسْمَعْ قولُه، كذلِكَ هَذا»[1].

قولُه: (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ، فَرَجَعَتِ امْرَأَةٌ؛ ضَمِنَتْ رُبُعَ الحَقِّ)، وَهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «وإنْ رجَعَتا ضَمِنَتا نِصْفَ الحقِّ»[2]، وذلِكَ لأنَّ بِبقاءِ الرَّجُلِ على شَهادَتِه بقِيَ نِصْفُ الحقِّ، فبِرُجوعِ المرْأتيْنِ تَلِفَ النِّصْفُ، فيَضْمنانِ ذلكَ، فإذا رجعَتْ واحدةٌ منهُما وحْدَها تضْمَنُ الربعَ؛ لأنَّه هوَ التَّالفُ إذْ بقِيَ ثلاثةُ أرباعِ الحقِّ ببقاءِ الرَّجُلِ والمرأةِ الأُخرىٰ علىٰ الشَّهادَةِ.

قولُه: (وَإِنْ شَهِدَ رَجُلٌ وَعَشَرَةُ نِسْوَةٍ، ثُمَّ رَجَعَ ثَمَانٍ؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِنَّ)،

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٤].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٢٣].

لِأَنَّهُ بَقِيَ مَنْ يَبْقَىٰ بِشَهَادَتِهِ كُلُّ الْحَقِّ.

(فَإِنْ رَجَعَتْ أُخْرَىٰ كَانَ عَلَيْهِنَّ رُبْعُ الْحَقِّ) لِأَنَّهُ بَقِيَ النِّصْفُ بِشَهَادَةِ الرَّجُلِ وَالرُّبْعُ بِشَهَادَةِ الْبَاقِيَةِ فَبَقِيَ ثَلَاثَةُ الْأَرْبَاعِ.

وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ؛ فَعَلَىٰ الرَّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ، وَعَلَىٰ النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَعِنْدَهُمَا: عَلَىٰ الرَّجُلِ النِّصْفُ، وَعَلَىٰ النِّسْوَةِ النِّصْفُ لِأَنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ وَلِهَذَا لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُنَّ إِلَّا بِانْضِمَامِ رَجُلٍ وَاحِدٍ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ قَامَتَا مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ،

غاية البيان

هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فإنْ رجعَتْ أُخرىٰ؛ كانَ علىٰ النِّسوةِ رُبْعُ الحقِّ»[1]، وذلكَ لأنَّ العِبرةَ لِبقاءِ مَنْ بقِيَ، وقدْ بقِيَ [٢/٢٧٨ظ] الرَّجُلُ والمرأتانِ علىٰ الشَّهادةِ، فبَقِيَ تمامُ الحقِّ، فلَمْ يجبِ الضَّمانُ علىٰ الرَّاجِعاتِ، فإنْ رجعَتِ امرأةٌ أُخرىٰ؛ وجَبَ ضَمانُ الرّبعِ علىٰ الرَّاجِعاتِ التِّسعِ؛ لأنَّه هوَ التَّالفُ برجوعهنَّ؛ إذْ بقِيَ ثلاثةُ أرباعِ الحقِّ ببقاءِ الرَّجُلِ والمرأةِ العاشرةِ علىٰ الشَّهادةِ.

قولُه: (وَإِنْ رَجَعَ الرَّجُلُ وَالنِّسَاءُ؛ فَعَلَىٰ الرَّجُلِ سُدُسُ الحَقِّ، وَعَلَىٰ النِّسْوَةِ خَمْسَةُ أَسْدَاسِهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ.

وَعِنْدَهُمَا: عَلَىٰ الرَّجُلِ النِّصْفُ، وَعَلَىٰ النِّسْوَةِ النِّصْفُ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، يعْني: إذا كانَ الشُّهودُ رَجُلًا واحدًا، وعشْرُ نسْوةٍ، فرجَعوا جميعًا بعدَ الحُكْمِ؛ يجبُ الضَّمانُ أسداسًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وعندهُما: يجبُ أنصافًا[3].

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

(٢) ينظر: المصدر السابق [ص/٢٢٣].

(٣) قال في «التصحيح»: وعلىٰ قول الإمام مشىٰ المحبوبي والنسفي وغيرهما. ينظر: «المبسوط»=

«قَالَ - ﷺ - فِي نُقْصَانِ عَقْلِهِنَّ عُدِلَتْ شَهَادَةُ اثْنَتَيْنِ مِنْهُنَّ بِشَهَادَةِ رَجُلٍ وَاحِدٍ» فَصَارَ كَمَا إذَا شَهِدَ بِذَلِكَ سِتَّةُ رِجَالٍ ثُمَّ رَجَعُوا وَإِنْ رَجَعَ النِّسْوَةُ الْعَشَرَةُ دُونَ الرَّجُلِ كَانَ عَلَيْهِنَّ نِصْفُ الْحَقِّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ لِمَا قُلْنَا.

وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ، ثُمَّ رَجَعُوا؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرْأَةِ؛

غاية البيان

[وَجْهُ قولِهما: أنَّ النِّساءَ وإنْ كَثُرْنَ؛ يَقُمْنَ مقامَ رَجُلٍ واحدٍ في الشَّهادَةِ؛ بدليلِ أنَّه لا تُقْبَلُ شهادتُهنَّ وحدهنَّ، فصارَتْ شَهَادَةُ [٥/٣٩٦ظ/م] عشْرِ نسْوةٍ، كشهادةِ امْرأتيْنِ، فصارَ الضَّمَانُ على الرَّجُلِ والنّسوةِ أنصافًا][(١)].

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الشَّرْعَ جعَلَ شَهَادَةَ المرأتَيْنِ عندَ الاخْتِلاطِ بمنزلةِ شَهَادَةِ رَجُلٍ واحدٍ، فيَصيرُ شَهَادَةُ عشْرِ نِسوةٍ بمنزلةِ شهادةِ خمسةِ رِجالٍ، فصارَتْ كأنَّ الشُّهودَ كانوا ستةَ رجالٍ، فرَجَعوا جميعًا، فوجَبَ الضَّمَانُ أسداسًا.

قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولوْ رجَعَ الرَّجُلُ وحْدَه؛ فعليْه نِصْفُ المالِ بالإجْماعِ، ولوْ لَمْ يَرْجِعِ الرَّجُلُ ولكِن رجَعَ النسوةُ؛ فعليهنَّ نِصْفُ المالِ أيضًا»[(٢)].

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إشَارَةٌ إلى قولِه: (لأَنَّهُنَّ وَإِنْ كَثُرْنَ يَقُمْنَ مَقَامَ رَجُلٍ وَاحِدٍ).

قولُه: (وَلَوْ شَهِدَ رَجُلَانِ وَامْرَأَةٌ بِمَالٍ، ثُمَّ رَجَعُوا؛ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا دُونَ الْمَرْأَةِ)، وهذِه مِن مسائِلِ «المبسوط»[(٣)]، ذكَرَها تفريعًا على مسألة القُدُورِيِّ ﷺ.

= [١٦/١٨٨]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٨٧]، «الاختيار» [٢/١٥٤]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٤٦]، «البناية شرح الهداية» [٩/٢٠٥]، «الجوهرة النيرة» [٢/٢٣٨]، «فتح القدير» [٧/٤٨٥]، «التصحيح والترجيح» [ص٤٤٢]، «اللباب في شرح الكتاب» [٤/٧٤].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٤٢٥].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١٢/١١/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

لِأَنَّ الْوَاحِدَةَ لَيْسَتْ بِشَاهِدَةٍ بَلْ هِيَ بَعْضُ الشَّاهِدِ فَلَا يُضَافُ إِلَيْهِ الْحُكْمُ.

قال: وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا، ثُمَّ رَجَعَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا، وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّ مَنَافِعَ الْبُضْعِ غَيْرُ مُتَقَوِّمَةٍ عِنْدَ الْإِتْلَافِ لِأَنَّ التَّضْمِينَ يَسْتَدْعِي الْمُمَاثَلَةَ عَلَى مَا عُرِفَ، وَإِنَّمَا تُضْمَنُ وَتَتَقَوَّمُ بِالتَّمَلُّكِ لِأَنَّهَا تَصِيرُ مُتَقَوِّمَةً ضَرُورَةَ الْمِلْكِ إِبَانَةً لِخَطَرِ الْمَحَلِّ.

غاية البيان

وإنَّما لَمْ يجبِ الضَّمَانُ على المرأةِ؛ لأنَّه لَمْ يُقْضَ بشهادتِها؛ لأنَّها نِصْفُ شاهدٍ، فلا يُضافُ الحُكْمُ إلى بعضِ العِلَّةِ.

قالَ في «الشامل» في قسم «المبسوط»: «شَهِدَ رَجُلٌ وثلاثُ نسوةٍ، ثمَّ رَجَعَ رَجُلٌ وامرأةٌ؛ ضَمِنَ الرَّجُلُ والمرأةُ نِصْفَ المالِ أثلاثًا في قياسِ قولِ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله.

وعندَهما: ضَمِنَ الرَّجُلُ نِصْفَ المالِ، ولَمْ تَضْمَنِ المرأةُ؛ لأنَّ عندَهما: الثابتُ بشَهَادَةِ النِّساءِ نِصْفُ الحقِّ، وبَقِيَ بشَهَادَةِ المرأتَيْنِ نِصْفُ الحقِّ.

وعندَ أَبي حَنِيفَةَ: الحقُّ بشَهَادَةِ الرِّجالِ والنِّساءِ علىٰ الشيُوعِ، ثمَّ تُقامُ كلُّ امْرأتينِ مقامَ رَجُلٍ، فثلاثُ نسوةٍ يَقُمْنَ مقامَ رَجُلٍ ونِصْفٍ.

فإنْ رجَعوا جميعًا؛ فعندَهُما: أنصافًا، وعندَ أَبي حَنِيفَةَ: أخماسًا على النِّسوةِ ثلاثةُ أخماسٍ». إلىٰ هنا لَفْظُ «الشامل».

قولُه: (وَإِنْ شَهِدَ شَاهِدَانِ عَلَى امْرَأَةٍ بِالنِّكَاحِ بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا، ثُمَّ رَجَعَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمَا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَكَذَلِكَ إِذَا شَهِدَا بِأَقَلَّ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا)، يَعْني:

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٢٣].

(وَكَذَا إذَا شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ يَتَزَوَّجُ امْرَأَةً بِمِقْدَارِ مَهْرِ مِثْلِهَا) لِأَنَّهُ إتْلَافٌ بِعِوَضٍ لَمَّا أَنَّ الْبُضْعَ مُتَقَوَّمٌ حَالَ الدُّخُولِ فِي الْمِلْكِ وَالْإِتْلَافُ بِعِوَضٍ كَلَا إتْلَافٍ، وَهَذَا لِأَنَّ مَبْنَى الضَّمَانِ عَلَى الْمُمَاثَلَةِ وَلَا مُمَاثَلَةَ بَيْنَ الْإِتْلَافِ بِعِوَضٍ وَبَيْنَهُ بِغَيْرِ عِوَضٍ.

غاية البيان

لا ضَمَانَ على الشاهدَيْنِ إذا رجعَا، وإنَّما لَمْ يجبِ الضَّمَانُ؛ لأنَّ الضَّمَانَ يستدْعِي المُمَاثَلَةَ؛ لقولِه تعالىٰ: ﴿فَٱعْتَدُواْ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤]، ولا مُمَاثَلَةَ بينَ العَينِ والمَنْفَعَةِ الَّتي هيَ العِوَضُ - أعْني: مَنْفَعَةَ البُضْعِ - فَلا يجبُ الضَّمَانُ، كما في إتلافِ سائرِ منافعِ المَغْصُوبِ، حيثُ لا يجبُ الضَّمَانُ عندَنا خلافًا لِلشَّافِعِيِّ ﵀، ولأنَّ مَنْفَعَةَ البُضْعِ لا قِيمَةَ لها عندَ الخروجِ عَن مِلْكِ المرْأةِ، أَلَا تَرىٰ أنَّ امْرأةً مَريضةً [٥/٣٩٧م] لوْ زوَّجَتْ نفْسَها بأقلَّ مِن مَهْرِ مِثْلِها؛ لَمْ يجبْ لها كمالُ المهرِ، بخِلافِ ما لَوْ باعتْ في مرَضِ موتِها شيئًا بأقلَّ مِن قيمتِه، وإنَّما لَمْ يجِبْ لِلبُضْعِ قِيمَةٌ عندَ الدُّخولِ في مِلْكِ الزَّوجِ؛ إبانةً لخَطَرِ المحلِّ.

قالَ القُدُورِيُّ ﵀ **في** [٢/٢٧٩و] **«مختصره»**: «وكذلكَ إذا شَهِدَا على رَجُلٍ بتزَوُّجِ امرأةٍ بمقدارِ مَهرِ مِثْلِها»[1]، يعْني: لا ضَمَانَ عليهِما إذا رجَعا، وذلِكَ لأنَّهما لَمَّا أخرَجَا عَن مِلْكِ الرَّجُلِ مقدارَ مهرِ المِثْلِ وأتلَفاهُ؛ فقدْ أدْخَلَا في مِلْكِه عِوَضًا بإزائِه؛ لأنَّ البُضْعَ مُتَقَوَّمٌ عندَ الدُّخولِ في مِلْكِ الزَّوجِ.

فإذا كان الإتلافُ بعِوَضٍ؛ كانَ كَلَا إتلافٍ، فَلا يجبُ الضَّمَانُ، وإنْ شَهِدَا بأكثرَ مِن مهْرِ المِثْلِ، ثمَّ رجَعَا؛ ضَمِنَا الزِّيَادَةَ؛ لأنَّهما أتلَفا الزِّيادَةَ بِلا عِوَضٍ؛ حيثُ لَمْ يُدْخِلا بِإزائِها شيئًا.

والأصلُ هُنا: ما ذكرَ في **«شرح الطَّحَاوِيِّ»**: «أنَّ كلَّ مَن أتلَفَ بالشَّهادةِ علىٰ

(١) المصدر السابق [ص/٢٢٣].

(وَإِنْ شَهِدَا بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا الزِّيَادَةَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَاهَا مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ.

غاية البيان

المشهودِ عليْه مَنْفَعَةً، فلا ضَمَانَ عليْهِ بِالرُّجوعِ، وإنْ أتلَفَ عينَ مالٍ: إنْ كانَ بِعِوَضٍ هوَ عينُ المالِ، أوْ مَنْفَعَةٌ لها حُكْمُ عينِ المالِ؛ فَلا ضَمَانَ عَليهِ، وإنْ كانَ بغَيرِ عِوَضٍ؛ فإنَّه يجبُ الضَّمَانُ.

إذا عرَفْنا هذا فَنقولُ: إذا ادَّعَتِ المرأةُ علىٰ رَجُلٍ أنَّه تزوَّجَها علىٰ ألفِ دِرْهمٍ، وهُو يُنْكِرُ، فشَهِدَ بذلِكَ شاهدانِ، وقضَىٰ القاضي بِالنِّكَاحِ بألفِ درهمٍ، ثمَّ رَجَعَا؛ فإنَّ القاضي لا يفْسَخُ النِّكَاحَ، وينظرُ إلىٰ مهرِ مِثْلِها: إنْ كانَ مهرُ مِثْلِها ألفًا، أوْ أكثرَ؛ فلا ضَمَانَ عَلىٰ الشّهودِ؛ لأنَّهما أتلَفا علىٰ الرَّجُلِ عينَ مالٍ بعِوَضٍ؛ لأنَّ البُضْعَ يُعْتَبرُ مالًا في حالِ دخولِه في مِلْكِ الزَّوجِ.

أَلَا تَرىٰ أنَّ الأبَ إذا زوَّجَ مِن ابنِه امرأةً جازَ؛ لأنَّ البُضْعَ كعينِ المالِ في حقِّ الزَّوجِ، وكذلكَ المريضُ إذا تزوَّجَ امرأةً علىٰ ألفِ درهمٍ، وذلكَ مهرُ مِثْلِها؛ جازَ، ولا يُعْتَبرُ مِن الثُّلثِ، فلَمَّا كانَ في حقِّ الزَّوجِ كعينِ مالٍ في حالِ دُخولِه في مِلْكِه، فقدْ حَصَلَ التلَفُ بعِوَضٍ[1] فلا ضَمَانَ عليْه.

وإنْ كانَ مهرُ مِثْلِها أقلَّ مِن ألفِ [درهمٍ][2]؛ يَضْمنانِ الزِّيادَةَ علىٰ مهرِ المِثْلِ؛ لأنَّ التَّلفَ حَصَلَ بغيرِ العِوَضِ، هذا إذا كانَ الزَّوجُ هوَ المُنْكِرَ.

فلوْ كانتِ المرأةُ تُنْكِرُ، والزوجُ يَدَّعِي ذلكَ، فقُضِيَ بِالنِّكَاحِ بألفٍ ومهرُ مِثْلِها ألفانِ؛ لَمْ يضْمَنا للمرأةِ شيئًا؛ لأنَّهما أتلَفا عليْها المَنْفَعَةَ، ومُتْلِفُ المَنْفَعَةِ

(١) في «غ» و«م»: «بغير عِوَضٍ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابيّ [٢/ق١٦٢/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، «غ». وليسَتْ بمُثْبَتة في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابيّ [٢/ق١٦٢/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

قَالَ: وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ القِيمَةِ، أَوْ أَكْثَرَ، ثُمَّ رَجَعَا؛ لَمْ يَضْمَنَا؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِإِتْلَافٍ مَعْنًى. نَظَرًا إِلَى الْعِوَضِ (وَإِنْ كَانَ بِأَقَلَّ مِنَ الْقِيمَةِ ضَمِنَا النُّقْصَانَ) لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا هَذَا الْجُزْءَ بِلَا عِوَضٍ.

غاية البيان

لا ضَمَانَ عليْه.

وكذلِكَ لو [٥/٣٩٧هـ/م] ادَّعَىٰ رَجُلٌ على رَجُلٍ أنَّه آجَرَه دارَه منهُ شهرًا بعشرةٍ، والمُسْتَأْجِرُ يُنْكِرُ، فشَهِدَ شاهدانِ علىٰ ذلِكَ، ثمَّ رَجَعَا، فإنْ كانَ في أوَّلِ المُدَّةِ يُنْظَرُ: إنْ كانَ أُجْرَةُ الدَّارِ مِثْلَ المُسَمَّىٰ؛ فَلا ضَمَانَ عَليهِ؛ لأنَّهما أتلَفا عينَ مالٍ بعِوَضٍ؛ لأنَّ المَنْفَعَةَ إذا دخلَتْ تحتَ العَقْدِ تُقَوَّمُ كعينِ مالٍ قائمٍ، وإنْ كانَ دونَه: يضْمَنانِ الزِّيَادَةَ، وإنْ كانتِ الدَّعْوىٰ بعدَ مُضِيِّ المُدَّةِ: يضْمَنانِ الأُجْرةَ؛ لأنَّهما أتْلَفا بغيرِ عِوَضٍ.

ولوْ كانَ المُدَّعِي هوَ المُسْتَأْجِرَ يَدَّعِي أنَّه استأجَرَ الدَّارَ منهُ بعشرةٍ وأَجْرُ مِثْلِها مئةٌ، والمُؤاجِرُ يُنْكِرُ، فشَهِدا بذلِكَ، ثمَّ رَجَعَا؛ فَلا ضَمَانَ عليْهِما؛ لأنَّهما أتلَفا المَنْفَعَةَ»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ شَهِدَا بِبَيْعِ شَيْءٍ بِمِثْلِ القِيمَةِ، أَوْ أَكْثَرَ، ثُمَّ رَجَعَا؛ لَمْ يَضْمَنَا). أيْ: قالَ القُدُورِيُّ ﷺ في «مختصره». وتمامُه فيهِ: «وإنْ كانَ بأقلَّ مِنَ القِيمَةِ ضمِنا النُّقْصَانَ»[2]، وإنَّما لَمْ يجِبِ الضَّمَانُ في الصُّورةِ الأُولَىٰ؛ لأنَّهما لَمَّا أخرَجا المَبيعَ عَن مِلْكِه، فقَدْ أدْخَلا في مِلْكِه بإزائِه مِثْلَه، والإتلافُ بعِوَضٍ كَلَا إتلافٍ، فلا يَجِبُ الضَّمَانُ، بخِلافِ ما إذا شَهِدَا بالبَيْعِ بأقلَّ مِن القِيمَةِ، حيثُ يضْمَنانِ النُّقْصَانَ؛ لأنَّهما أتلَفا ذلكَ القَدْرَ بغيرِ عِوَضٍ.

(١) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيجَابِيِّ [٢/ق١٦٢/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٣].

وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاتًّا، أَوْ فِيهِ خِيَارُ البائِعِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ السَّابِقُ، فَيُضَافُ الحُكْمُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ إِلَيْهِ، فَانْضَافَ التَّلَفُ إِلَيْهِمْ.

غاية البيان

قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ولوِ ادَّعَىٰ رَجُلٌ علىٰ رَجُلٍ أنَّه باعَ عبْدَه بألفِ درهمٍ، والمُشْتَرِي يُنْكِرُ، وقِيمَةُ العبدِ خمسُ مئةٍ، فشَهِدَ شاهدانِ بذلِكَ، ثمَّ رجعَا؛ يضْمَنانِ للمُشْتَرِي خمسَ مئةٍ أُخرىٰ، ولوْ كانَ المُشْتَرِي يَدَّعِي أنَّه اشْتَراهُ بخمسِ مئةٍ، وقيمتُه ألفٌ، والبَائِعُ يُنْكِرُ ذلكَ، ثمَّ رجَعا؛ يضْمَنانِ لِلبَائِعِ خمسَ مئةٍ أُخرىٰ؛ لأنَّهما أتلَفا عليهِ خمسَ مئةٍ ببدلٍ، وخمسَ مئةٍ بغيرِ بدلٍ.

ولوْ كانَ قِيمَةُ العبدِ ألفًا، وادَّعَىٰ المُشْتَرِي أنَّه اشْتَرَاهُ بألفَيْنِ إلىٰ سَنَةٍ، والبَائِعُ يُنْكِرُ، فشَهِدَ شاهدانِ، ثمَّ رجَعا بعدَ القَضَاءِ؛ فالبَائِعُ بِالخِيَارِ: إنْ شاءَ اتبعَ المُشْتَرِي بِالثَّمَنِ بالألفيْنِ إلىٰ سَنَةٍ، وإنْ شاءَ أبرَأَه، ويُضَمِّنُ الشَّاهِدَيْنِ ألفَ درهمٍ حالَّةٍ، وأيَّ ذلكَ [٢/٢٧٩ظ] فعَلَ بَرِئَ الآخرُ، وإنِ اختارَ إتْباعَ الشاهدَيْنِ كانَ لهما أنْ يأخذا مِن المُشْتَرِي عندَ حُلولِ الثَّمَنِ[1] ألفَيْ درهمٍ، فيَطِيبُ لهُما ألفٌ بإزاءِ ما ضَمِنَا، ويتصَدَّقانِ بألفِ درهمٍ»[2].

قولُه: (وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ البَيْعُ بَاتًّا، أَوْ فِيهِ خِيَارُ البَائِعِ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ هُوَ السَّابِقُ، فَيُضَافُ الحُكْمُ عِنْدَ سُقُوطِ الخِيَارِ إِلَيْهِ، فَانْضَافَ التَّلَفُ إِلَيْهِمْ).

يعْني: أنَّ السَّبَبَ المُزِيلَ للمِلْكِ هوَ العَقْدُ السَّابقُ علىٰ مُضِيِّ المُدَّةِ، أوْ علىٰ

(١) وقع بالأصل: «الثَّمَن الأجل». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وأشار في حاشية: «تح» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «الأجل» بدل: «الثمن». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «م». وكذا هو أيضًا في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيجَابيِّ [٢/ق١٦٣/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيجَابيِّ [٢/ق١٦٣/ب/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

وَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا

سُقوطِ الخِيَارِ بمُضِيِّ المُدَّةِ، فيُضافُ الحُكْمُ ـ وهوَ زوالُ المِلْكِ عِندَ سُقوطِ الخِيَارِ ـ إلىٰ ذلِكَ [٥/٣٩٨و/م] السَّبَبِ، وقدْ حَصَلَ سببُ الزَّوالِ بشَهَادَةِ الشُّهودِ، فيُضَافُ التلَفُ إليهِم، فيجبُ عليهِم ضَمَانُ النُّقْصَانِ.

وهذا الَّذي ذكرَه جوابُ سؤالٍ بأنْ يُقالَ: يَنبَغِي ألَّا يَجبَ الضَّمَانُ علىٰ الشاهدَيْنِ إذا شَهِدَا بالبَيْعِ بشَرْطِ الخِيَارِ؛ لأنَّهما لَمْ يُتْلِفا شيئًا علىٰ البَائِعِ؛ لأنَّهما أَثبَتا البَيْعَ بشَرْطِ الخِيَارِ، والبَائِعُ لَمْ يَزُلْ مِلْكُه عَنِ المَبيعِ بعْدُ، وإنَّما يَزولُ إذا مضَتِ المُدَّةُ وهوَ ساكتٌ، فإذا سكَتَ عنِ الرَّدِّ كانَ راضِيًا بِزوالِ مِلْكِهِ، فكيفَ يَجبُ الضَّمَانُ علىٰ الشُّهودِ حينَئذٍ؟

فَقالَ: سببُ التلفِ هوَ العَقْدُ السَّابقُ، وذلِكَ يَثْبُتُ بشهادتِهم، فيجِبُ عليْهِم الضَّمَانُ.

غايةُ ما في البابِ: أنَّه سكَتَ ومضَتِ المُدَّةُ، وسكوتُه دليلُ رِضاهُ بِزوالِ مِلْكِه، إلَّا أنَّا لَمْ نلْتَفِتْ إلىٰ ذلِكَ؛ لأنَّه كانَ مُنْكِرًا للبَائِعِ، فلوْ تصرَّفَ في المَبيعِ بحُكْمِ الخِيَارِ وقالَ: فسَخْتُ البَيْعَ؛ كانَ مُقِرًّا بالبَيْعِ، ويَظهرُ كَذِبُه عندَ النّاسِ، والعاقِلُ يجتَنِبُ عنِ الكذِبِ وإظْهارِهِ، فَلأجْلِ هذا ما تمَكَّنَ مِنَ التَّصرُّفِ في المَبيعِ بحُكْمِ الخِيَارِ، فلَمْ يدلَّ سُكوتُه علىٰ رِضاهُ.

ومعَ هذا لوْ أَوجبَ البَيْعَ في مدَّةِ الخِيارِ؛ لَمْ يَضْمَنِ الشَّاهدانِ شَيئًا، لأنَّه أَزالَ مِلْكَه باختِيارِه، وكذلِكَ لوْ أَثبَتا الخيارَ للمُشْترِي ومضَتِ المدةُ وهوَ ساكتٌ، وفي قيمةِ المَبيعِ نقصانٌ عَنِ الثَّمنِ؛ يَضْمَنُه الشَّاهدانِ، ومعَ هذا لوْ أوجبَ الشِّراءَ في المدَّةِ سقَطَ الضَّمَانُ عنْهما؛ لأنَّه أتلَفَ مالَه باختِيارِه، فافْهَمْ.

قولُه: (وَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا، ثُمَّ رَجَعَا ضَمِنَا

نِصْفَ المَهْرِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَكَّدَا ضَمَانًا عَلَىٰ شَرَفِ السُّقُوطِ ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهَا لَوْ طَاوَعَتْ ابْنَ الزَّوْجِ أَوْ ارْتَدَّتْ سَقَطَ الْمَهْرُ أَصْلًا وَلِأَنَّ الْفُرْقَةَ قَبْلَ الدُّخُولِ فِي مَعْنَىٰ

غاية البيان

نِصْفَ المَهْرِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فإنْ كانَ بعدَ الدُّخولِ لَمْ يَضْمَنا»[1]. ولَمْ يذْكُرْ تمامَه في «الهداية»، معَ أنَّه ذكَرَه في «البداية»، فَلَا أدرِي كيفَ فاتَ عنهُ في «الهداية»؟ وذلِكَ لأنَّهما قرَّرا وأكَّدَا عليْه ما كانَ علىٰ شرَفِ السُّقوطِ بارتِدادِها، أوْ تقْبِيلِها ابنَ زَوْجِها؛ لأنَّه حينئذٍ يسْقُطُ عنهُ جَميعُ المهْرِ، ولِلتَّأكيدِ شبَهٌ بالإيجابِ.

ولِهذا إذا أُكْرِهَ الرَّجُلُ علىٰ طلاقِ امْرأتِه قبْلَ الدُّخولِ بِها؛ كانَ لَه أنْ يَرْجِعَ بِنِصْفِ المهْرِ علىٰ الَّذي أكرَهَه.

أَوْ نَقولُ: إنَّ الطَّلَاقَ قَبْلَ الدُّخولِ في معْنىٰ الفَسْخِ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عَليهِ ـ وهوَ البُضْعُ ـ عادَ إلىٰ المرأةِ سالمًا كما كانَ، فَصارَ كهلاكِ المَبيعِ قبلَ القَبْضِ، فإنَّه يُسْقِطُ جميعَ الثَّمَنِ، وإنَّما يَجبُ نِصْفُ المُسَمَّىٰ في الطَّلَاقِ [٥/٣٩٨ظ/م] قبْلَ الدُّخولِ ابتِداءً علىٰ طَريقِ المُتْعةِ، وقدْ ألزَمَه الشاهِدَانِ علىٰ الزَّوجِ، ولَمْ يكُنْ واجِبًا عليْهِ، فوَجَبَ الضَّمانُ عليْهِما، فصارَ كَما إذا شَهِدَا بمالٍ، فقُضِيَ بِه ثمَّ رَجَعَا.

وهَذا بِخِلافِ ما إذا كانَ رُجوعُ الشَّاهدَيْنِ بَعدَ دُخولِ الزَّوجِ، حَيثُ لا يضْمَنانِ شيئًا، وذلِكَ لأنَّ شَهادتَهما تضمَّنَتْ خُروجَ البُضْعِ عَن مِلْكِ الزَّوجِ، والبُضْعُ لا قِيمَةَ لَه عندَ الخُروجِ، وهُما لَمْ يُتْلِفَا شيئًا لهُ قِيمَةٌ، ولا قرَّرَا شيئًا علىٰ شرَفِ السُّقوطِ، فلَمْ يجبِ الضَّمانُ عليْهِما.

وقالَ الشَّافِعيُّ رحمه الله [٢/٢٨٠و]: يجبُ عليْهِما الضَّمانُ كَما قبْلَ الدُّخولِ؛ لأنَّ مَنافعَ البُضعِ مُتَقوَّمةٌ، فَصارَ كَما لوْ شَهِدَا بعينٍ فَقُضِيَ بذلِكَ ثُمَّ رجَعَا[2].

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٢٣ ـ ٢٢٤].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٣٠١/٨]، و«العزيز شرح الوجيز»=

الْفَسْخِ فَيُوجِبُ سُقُوطَ جَمِيعِ الْمَهْرِ كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ، ثُمَّ يَجِبُ نِصْفُ الْمَهْرِ ابْتِدَاءً بِطَرِيقِ الْمُتْعَةِ فَكَانَ وَاجِبًا بِشَهَادَتِهِمَا.

قَالَ: وَإِنْ شَهِدَا عَلَى أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا؛ ضَمِنَا قِيمَتَهُ؛ لِأَنَّهُمَا أَتْلَفَا

غاية البيان

وَلنا: أنَّ ضَمَانَ العُدوانِ مَبْنِيٌّ عَلىٰ المُمَاثَلَةِ بِالنَّصِّ، وَلا مُمَاثَلَةَ بينَ العَينِ والعِرْضِ[1]، أَعْنِي: بينَ المالِ وبينَ مَنْفَعَةِ البُضْعِ، فَلا يَجبُ الضَّمَانُ، وإنَّما تقوَّمَتِ المنافعُ بِالعَقْدِ بِالتَّراضِي، بِخِلافِ القِياسِ، فَلا يُقاسُ عَلَيْهِ غَيرُه، بخِلافِ ما إذا شَهِدَا بالعينِ ثمَّ رجَعَا؛ لأنَّ المُمَاثَلَةَ بَينَ العينِ والعينِ ثابتةٌ، وبخِلافِ ما إذا كانَ الرُّجُوعُ قبْلَ الدُّخولِ؛ لأنَّهما أكَّدَا علىٰ الزَّوجِ ما علىٰ شَرَفِ السُّقوطِ.

قولُه: (كَمَا مَرَّ فِي النِّكَاحِ)، أيْ: في بابِ المهْرِ عندَ قولِه: (**وَتُسْتَحَبُّ المُتْعَةُ لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ إلَّا لِمُطَلَّقَةٍ وَاحِدَةٍ؛ وَهِيَ الَّتِي طَلَّقَهَا زَوْجُها قَبلَ الدُّخُولِ بِهَا، وَقَدْ سَمَّىٰ لَهَا مَهْرًا**).

قالَ في «التحفة»: «ولوْ شَهِدَا علىٰ رَجُلٍ أنَّه طَلَّقَ امرأته ثلاثًا، وقدْ دخلَ بِها، وقضَىٰ القاضي، ثمَّ رجَعَا؛ لَمْ يَضْمَنا إلَّا ما زادَ علىٰ مهرِ المِثْلِ؛ لأنَّ بقَدْرِ المهرِ إتلافٌ بعِوَضٍ، وهوَ استِيفَاءُ منافعِ البُضْعِ، ولوْ كانَ قبْلَ الدُّخولِ - إنْ كانَ المهرُ مُسَمًّىٰ - ضَمِنَا النِّصْفَ، وإنْ لَمْ يكنِ المهْرُ مُسَمًّىٰ؛ يَضْمَنانِ المتْعةَ؛ لأنَّ ذلكَ تَلَفَ بشهادَتِهِما، ولَمْ يحْصُلْ له بمُقابلتِه عِوَضٌ»[2].

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ ثُمَّ رَجَعَا؛ ضَمِنَا قِيمَتَهُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[3]، وذلكَ لأنَّهما أتلَفَا مِلْكَ المشْهودِ عليْهِ بِلا عِوَضٍ،

= للرافعي [١٣/١٢٩].

(١) في «غ» و«م»: «والعِوَض».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» لعلاء الدين السمرقندي [٣/٣٦٦].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٢٤].

مَالِيَّةَ [٥٧/ط] الْعَبْدِ عَلَيْهِ مِنْ غَيْرِ عِوَضٍ وَالْوَلَاءُ لِلْمُعْتِقِ لِأَنَّ الْعِتْقَ لَا يَتَحَوَّلُ إِلَيْهِمَا بِهَذَا الضَّمَانِ فَلَا يَتَحَوَّلُ الْوَلَاءُ.

غاية البيان

فعلَيْهِما ضمانُه، سواءٌ كانَا مُوسِرَيْنِ أوْ معْسِرَيْنِ؛ لأنَّه ضَمَانُ إتلافِ المِلْكِ، والوَلَاءُ لِلمَوْلَىٰ؛ لأنَّ العِتْقَ لا يتحوَّلُ إلىٰ الشَّاهدَيْنِ بِضَمانِهِما؛ لأنَّ العِتْقَ لا يَقْبَلُ الفَسْخَ، وثبوتُ الوَلَاءِ لِلمَوْلَىٰ لا يكونُ عِوَضًا؛ لأنَّ الوَلَاءَ ليسَ بِمالٍ، وإنَّما هوَ سببٌ يُورَثُ عنهُ.

قالَ الشَّيخُ أَبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «وإذا شَهِدَ شاهدانِ علىٰ رَجُلٍ أنَّه أعتقَ عبْدَه، فقضَىٰ القاضي عليْهِ بِشهادَتِهما بذلِكَ، ثمَّ رجَعَا عَن شهادَتِهما؛ كانَ عليْهِما ضَمَانُ قِيمَةِ العبدِ لِمَوْلاهُ، ويكونُ ولاؤُه لمولاهُ دونَهما.

وإذا شَهِدَ [٥/٣٩٩و/م] شاهدانِ علىٰ رَجُلٍ أنَّه أقرَّ أنَّ هذِه الأَمَةَ قدْ ولدَتْ مِنهُ، وهوَ يُنْكِرُ ذلِكَ، فَقضَىٰ القاضي بِشهادَتِهما عليْه بذلِكَ، ثمَّ رجَعَا عَن شهادَتِهما؛ كانَ عليْهِما لَه ضَمَانُ ما بَينَ قِيمَتِه مَمْلوكةً إلىٰ قيمتِها أُمَّ ولدٍ، فإنْ تُوفِّي المَوْلَىٰ بعدَ ذلِكَ فَعتَقَتْ؛ كانَ عليْهِما بقيةُ قيمتِها أُمَّ ولدٍ[1]، تُرَدُّ ذلكَ إلىٰ تركةِ مؤلاها، فيكونُ حُكْمُه حُكْمَها.

ولوْ كانَ شَهِدَا أنَّ مؤلاها أقرَّ أنَّها ولدَتْ منهُ ابنًا لها في يدِه، والمسألةُ عَلىٰ حالِها؛ كانَ عليْهِما لمؤلاها في الأَمَةِ كَما ذَكَرْنا، وكانَ عليْهِما أيضًا لمؤلاها ضَمَانُ قِيمَةِ ولدِها، فإنْ قَبَضَ ذلكَ المَوْلَىٰ، ثمَّ ماتَ، فورِثَه هذا الابنُ؛ كانَ عليْه أنْ يرُدَّها علىٰ الشَّاهدَيْنِ ممَّا وَرِثَ، مِثْلَ ما كانَ الميِّتُ أخَذَه مِنَ الشاهدَيْنِ في حياتِه مِنْ قِيمتِه ومِن قِيمَةِ أُمِّهِ؛ لأنَّه يَقولُ: إنَّ الميِّتَ أخذَ ذلِكَ منهُما ظُلمًا، وأنَّه دَيْنٌ في تركَتِه لهُما.

(١) في: «ن»، و«غ»، و«ض»، و«تح»: «قيمتها أمَةً». والمثبت: هو الموافق لِمَا وقَع في: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٤٨].

وَإِذَا شَهِدَا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعَا بَعْدَ القَتْلِ؛ ضَمِنَا الدِّيَةَ، وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُمَا.

غاية البيان

وإذا شَهِدَ شاهدانِ عَلى رَجُلٍ أنَّه دبَّرَ عَبْدَه، فَقضَى القاضي عليْهِ بذلِكَ بِشهادَتِهما، ثمَّ رجَعَا عنهُما؛ فعَليْهما لهُ ضَمَانُ ما بَينَ قِيمَةِ العَبدِ مُدبَّرًا إلى قيمته غَيرَ مُدَبَّرٍ، وإنْ ماتَ المَوْلَى بعدَ ذلِكَ، فعتَقَ مِن ثُلُثِ تَرِكَتِه؛ كانَ عليْهما ضَمانُ بقيَّةِ قيمَتِه عبْدًا لورَثتِه.

وإذا شَهِدَ شاهدانِ على [٢/٢٨٠ظ] رَجُلٍ أنَّه كاتَبَ عبْدَه على ألْفَيْ درهمٍ إلى سَنَةٍ، وقيمتُه ألفُ درْهمٍ، فقضَى القاضي بذلِكَ، ثمَّ رجَعَا عَن شهادتِهما، فإنَّ المَوْلَى بالخِيَارِ: إنْ شاءَ ضمَّنَ الشّاهدَيْنِ بألفِ درهمٍ حالًّا، ورَجَعا بالمُكاتَبةِ على المُكاتَبِ إلى أجَلِها، فإذا قبَضاها احتَبَسا لنفسِهما منْها ألفًا، وتصدَّقا بالفضلِ على ذلِكَ.

وإنْ شاءَ المَوْلَى اتبعَ المُكَاتَبَ بالمُكاتبةِ، وترَكَ تضْمِينَ الشّاهدَيْنِ، فأيَّ الوجهيْنِ اختارَ المَوْلَى ثمَّ أدَّى المُكَاتَبُ المكاتبةَ فعَتَقَ؛ كانَ وَلاؤُه لمَوْلاهُ، ولوْ لَمْ يَعْتِقِ المُكَاتَبُ، ولكنَّه عجزَ فعادَ رقيقًا؛ بَرِئَ الشّاهدانِ مِنَ الضَّمانِ، ووَجَبَ علَى المَوْلَى رَدُّ شيءٍ إنْ كانَ قبَضَه منهُما مِن قِيمَةِ العبدِ عليْهما». إلى هنا لَفْظُ الطَّحاوِيِّ في «مختصره»[1].

قولُه: (**وَإِذَا شَهِدَا بِقِصَاصٍ ثُمَّ رَجَعَا بَعْدَ القَتْلِ؛ ضَمِنَا الدِّيَةَ، وَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُمَا**)، هذا لَفْظ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

قالَ في كتاب «**التَّفريع لأصْحاب مالك**»: «وإنْ شَهِدا على رَجُلٍ بالقتْلِ، فقُتِلَ بشهادَتِهما، ثمَّ رَجَعَا وأقرَّا بالكذِبِ، أو الغلَطِ غَرِمَا الدِّيَةَ، وتحمَّلَها العَاقِلَةُ، ولَمْ يلزمْهُما القَوَدُ. وقالَ أشْهَبُ[3]: يقتصُّ منهُما إذا تعمَّدَا [٥/٣٩٩ظ/م]، ويغْرَمانِ

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/٣٤٨].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٤].
(٣) هو أبو عَمْرو أشْهَب بن عبد العزيز. مِن كبار أصحاب مالك، تفقَّه عليه، وكانت ولادتُه سنة خمسين=

. . . .

الدِّيَةَ إذا غَلِطَا»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ كتابِ «التفريع».

وقالَ في «وجيز الشافعية»: «وإنْ رَجَعَ بعدَ اسْتِيفَاءِ القتلِ؛ فعليْهِ القِصَاصُ إنْ قالَ: تعمَّدْتُ»[٢].

وقالَ أصحابُ أحمدَ بنِ حَنْبَلٍ ﷺ: «وإنْ قالَ الشُّهودُ: تعمَّدْنا لزِمَهُم القِصَاصُ في ذلِكَ، وإنْ قالوا أخطأْنا، بأنْ سَهَوْنا، أوِ اشتَبَه علينا؛ فعليهِم ديةُ ذلِكَ في أموالِهِم على نحْوِ ضَمانِهِم الأموالَ، لا علىٰ عوَاقِلِهم؛ لأنَّ العَاقِلَةَ لا تحْمِلُ الاعترافَ[٣]»[٤]. كذا في كتابهم المُسَمَّىٰ بـ«المُسْتوعب».

وَجْهُ قولِهم في إيجابِ القِصَاصِ علىٰ الشَّاهِدِ: أنَّ هذا قَتْلٌ تَسْبِيبًا، فيجبُ القِصَاصُ علىٰ الشَّاهِدِ، كما يجب علىٰ المُكْرَه، وهذا لأن الشَّاهِد كالمُكْره أيضًا للقاضي علىٰ قضائه، فإنه لو لَمْ يَرَ وجوبَ القَضَاء علىٰ نفسه بعد الشَّهادَة؛ يَكْفُر، ولو رأىٰ وأخَّرَ؛ يَفْسُقُ.

ثمَّ المُكْرَهُ يَجبُ عليْهِ القِصَاصُ، فبِالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ أنْ يَجبَ عَلىٰ الشَّاهِدِ؛ لأنَّ الشَّهَادَةَ بِالقِصَاصِ أكثرُ إفضاءً إلىٰ القتلِ مِنَ الإكْراهِ علىٰ القتْلِ؛ لأنَّ الوَلِيَّ في صورةِ الشَّهَادَةِ يُعانُ علىٰ اسْتيفاءِ القِصَاصِ مِن جهةِ المسْلمينَ، والمُكْرَهُ عَلىٰ القتلِ يُمْنَعُ ولا يُعَانُ.

= ومئة، ومات بمصر سنة أربع ومئتين بعد وفاة الشافعي بشهر ﷺ. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس» لابن الجلاب [٨/١٨٧].

(٢) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [١٣/١٢٢].

(٣) وقع بالأصل: «الاعراف». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «المستوعب».

(٤) ينظر: «المستوعب» لنصير الدين السامري [٢/٦٥٨].

....

وَوَجْهُ قولِ أصْحابِنا: أنَّ القتلَ لَمْ يُوجَدْ مِنَ الشُّهودِ مُباشرةً؛ لأنَّهم لَمْ يُباشِروهُ، وإنَّما باشَرَه الوَلِيُّ، ولَا نُسَلِّمُ أنَّه وُجِدَ منهُم تَسْبِيبًا؛ لأنَّ سببَ الشَّيءِ ما يُفْضِي إلىٰ وجودِ ذلِكَ الشَّيءِ غَالبًا، والشَّهادَةُ بِالقَتْلِ لا تُفْضِي إلىٰ القتلِ غالبًا؛ لكوْنِ العفْوِ مَندوبًا[1] شرْعًا، قالَ تَعالىٰ: ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، فلَمْ تكُنِ الشَّهادَةُ سببًا إلىٰ القَتلِ غالبًا، بخِلافِ الإكْراهِ علىٰ القتلِ؛ [لأنَّ المُكْرَهَ يختارُ رُوحَه علىٰ رُوحِ غَيرِه، فيُفْضِي الإكراهُ إلىٰ القَتلِ غالبًا.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنَّ الشَّهادَةَ بالقَتلِ][2] سببٌ إلىٰ القتْلِ؛ فَنقولُ: القتلُ بِالسَّبَبِ تتعَلَّقُ بِه الدِّيَةُ دونَ القِصَاصِ، كما في حافِرِ البِئرِ، وواضِعِ الحَجَرِ، ولأنَّ الفعلَ المَوْجُودَ مِن فاعلٍ مختارٍ يقْطَعُ نسْبةَ ذلِك الفعلِ إلىٰ غيرِه، والفعلُ هُنا ـ وهوَ القتلُ ـ وُجِدَ مِن الوَلِيِّ باختِيارِه الصَّحيحِ، فينقَطِعُ نِسْبتُه إلىٰ الشُّهودِ، فَلا يُجْعَلُ القتلُ كأنَّه وُجِدَ مِنَ الشُّهودِ.

ولهذا لا يَضْمَنُ مَن حَلَّ قيْدَ عبْدٍ فأَبَقَ؛ لانقِطاعِ النِّسبةِ عنِ الحالِّ بتخَلُّلِ فِعْلِ فاعلٍ مُختارٍ، ولو لَمْ يَقْطَعْ تخلُّلُ الفِعلِ الاخْتِياريِّ النسبةَ، فأدْنىٰ حالِه أنْ يُورِثَ شُبْهَةَ قَطْعِ النِّسبةِ، ولا يَجبُ القِصَاصُ بالشُّبهةِ، فإذا لَمْ يجبِ القِصَاصُ بالشُّبهةِ [٥/٤٠٠و/م]؛ وَجَبَ الدِّيَةُ علىٰ الشُّهودِ؛ لأنَّه ليسَ في الإسْلامِ دمٌ مُهْدَرٌ.

والمالُ يَثْبُتُ بِالشُّبهاتِ، بخِلافِ المُكْرَهِ، فإنْ تخَلَّلَ فِعْلُه لَمْ يَقْطَعْ نسبةَ الفعْلِ إلىٰ الَّذي أكرَهَه؛ لأنَّ [٢/٢٨١و] اختِيارَه فَاسِدٌ، واختِيارُ الَّذي أكرَهَه صحيحٌ، والفَاسِدُ [الَّذي][3] بِمُقابلةِ الصَّحيحِ كالعدَمِ، فجُعِلَ المُكْرَهُ كالآلَةِ لَه، والفعلُ

(١) وقع بالأصل: «العفو مندوب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«غ».

قَالَ الشَّافِعِيُّ: يُقْتَصُّ مِنْهُمْ لِوُجُودِ الْقَتْلِ مِنْهُمْ تَسْبِيبًا فَأَشْبَهَ الْمُكْرِهَ بَلْ أَوْلَى، لِأَنَّ الْوَلِيَّ يُعَانُ وَالْمُكْرَهُ يُمْنَعُ.

وَلَنَا أَنَّ الْقَتْلَ مُبَاشَرَةً لَمْ يُوجَدْ، وَكَذَا تَسْبِيبًا؛ لِأَنَّ التَّسْبِيبَ مَا يُفْضِي إِلَيْهِ غَالِبًا، وَهَاهُنَا لَا يُفْضِي لِأَنَّ الْعَفْوَ مَنْدُوبٌ، بِخِلَافِ الْمُكْرَهِ لِأَنَّهُ يُؤْثِرُ حَيَاتَهُ

غاية البيان

المَوْجُودُ منهُ كالمَوْجودِ مِن الَّذي أكرَهَه.

أوْ نَقولُ: الشَّاهدانِ شارَكَهُما في القتلِ مَن لا قَوَدَ عليْهِ، فَلا يَجبُ القِصَاصُ، كَما إِذا اشتَرَكَ الخاطِئُ والعامِدُ.

وأوْرَدَ في «شرح الأقطع» هُنا سؤالًا وجوابًا فَقالَ:

«**فإنْ قِيلَ:** رُوِيَ عَن عَلِيٍّ رضي الله عنه: «أَنَّهُ شَهِدَ عِندَهُ رَجُلانِ عَلى رَجُلٍ بالسَّرقةِ، فَقُطِعَتْ يدُهُ، ثمَّ أَتيَا بعدَ ذَلِكَ بآخرَ، فقالا: أَوْهمْنَا إنَّما السَّارقُ هَذا، فَقالَ لهُما: لا أُصدِّقُكمَا على هذا، وأُضَمِّنُكُما ديةَ الأوَّلِ، فلوْ أنِّي أعلَمُ أنَّكما فَعَلْتُما ذلِكَ عمْدًا؛ قطعْتُ أيْدِيَكُما»[1].

قيلَ لَه: هذا يَحتَمِلُ: قطعْتُ أيْديَكُما على وَجْهِ الحَدِّ[2]، لِمَا صارَا عندَه ممَّنْ يسْعَى في الأرضِ بِالفسادِ بِالشَّهادةِ، وتكرَّر مِنهُما»[3].

قولُه: (فَأَشْبَهَ المُكْرِهَ)، بكَسْرِ الراءِ.

قولُه: (وَالمُكْرَهُ يُمْنَعُ)، بفَتْحِ الرَّاءِ، وكذلِكَ قولُه: (بِخِلَافِ المُكْرَهِ)، بفَتْحِ الرَّاءِ أَيضًا.

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) في «م»: «على وَجْه القصاص»، ثم أشار في الحاشية إلى أنه وقع في بعض النُّسَخ: «على وَجْه الحدّ».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٠٥].

ظَاهِرًا، وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ، ثُمَّ لَا أَقَلَّ مِنَ الشُّبْهَةِ وَهِيَ دَارِئَةٌ لِلْقِصَاصِ، بِخِلَافِ الْمَالِ لِأَنَّهُ يَثْبُتُ مَعَ الشُّبُهَاتِ وَالبَاقِي يُعْرَفُ فِي: «المُخْتَلَفِ».

غاية البيان

قولُه: (وَلِأَنَّ الفِعْلَ الِاخْتِيَارِيَّ مِمَّا يَقْطَعُ النِّسْبَةَ)، يعْني: إذا كانَ الاخْتِيارُ صَحيحًا، أمَّا إذا كانَ فاسدًا كما في فِعْلِ المُكْرَهِ؛ فَلا.

قولُه: (وَالبَاقِي يُعْرَفُ فِي «المُخْتَلَفِ»)، أي: في «مختلف الرواية»[1]، تصنيف الفَقيهِ أَبي اللَّيثِ، لا تَصْنيف عَلاءِ الدِّين العالِم[2].

قالَ الإمامُ شرفُ الدِّينِ أَبو حفصٍ عُمَرُ بنُ محمَّدِ بنِ عُمَرَ الأنصارِيُّ العَقِيلِيُّ البُخَارِيُّ في كتاب «المنهاج»: «رأيتُ عَن بعْضِ مَشايِخنا: أنَّه لوْ لَمْ يكُنْ لِأَصْحابِنا كتابٌ سِوىٰ ما جمَعَه الفقيهُ أَبو اللَّيث في «مختلف الرواية» لكفَىٰ به فخرًا».

قالَ الإمامُ العَتَّابِيُّ في «شرْح الجامع الكبير» ـ في الباب الثاني من «كتاب الشهادات» ـ: «إذا شهِدوا علىٰ رَجُلٍ أنَّه قتَلَ وَلِيَّ فلانٍ خطأً، أوْ عمدًا، وقضَىٰ به القاضي، وأخَذَ الوَلِيُّ الدِّيَةَ في الخطأِ مِنَ العَاقِلَةِ، أوْ قتَلَ القاتلَ في العَمْدِ، ثمَّ جاءَ المشهودُ بقَتْلِه حَيًّا؛ فالعاقلةُ في الخطأِ: إنْ شاءوا رجَعوا علىٰ الآخِذِ؛ لأنَّه أخذَ بغيرِ حقٍّ، ثمَّ هوَ لا يَرْجِعُ عَلىٰ أحدٍ، وإنْ شاءوا ضَمَّنوا الشهودَ؛ لأنَّهم سبَّبُوا للتَّلفِ بغيرِ حقٍّ، ثمَّ هُم يرجِعونَ عَلىٰ الوَلِيِّ؛ لأنَّهم مَلَكوا المَضْمُونَ ـ وهُو الدِّيَةُ ـ بأَداءِ الضَّمَانِ، فتَبَيَّنَ أنَّ الوَلِيَّ أخذَ مالَهم.

وفي [٥/٤٠٠ظ/م] العَمْدِ لا يجبُ القِصَاصُ علىٰ الوَلِيِّ الَّذي اقتَصَّ مِن المشهودِ عليْهِ، ولا علىٰ الشَّاهدَيْنِ؛ لأنَّ القَضَاءَ أوْرَثَ شُبْهَةً، لكنَّه يَجبُ الدِّيَةُ، ويُخَيَّرُ

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٦٤٦/٣ ـ ١٦٥٢].

(٢) وقيل: هما كتابٌ واحدٌ أصلُه لأبي الليث، وترتيبُه للعلاء العالِم. ينظر ما بحثَه محقِّقُ: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣٣/١ ـ ٣٨].

قال: وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا؛ لِأَنَّ الشَّهَادَةَ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ صَدَرَتْ مِنْهُمْ فَكَانَ التَّلَفُ مُضَافًا إِلَيْهِمْ.

وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا: لَمْ نُشْهِدْ شُهُودَ الفَرْعِ عَلَىٰ شَهَادَتِنَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ أَنْكَرُوا السَّبَبَ وَهُوَ الإِشْهَادُ فَلَا يَبْطُلُ الْقَضَاءُ؛ ....

غاية البيان

ورثةُ المقتولِ إنْ شاءُوا ضَمَّنوا الوَلِيَّ الدِّيَةَ، ثمَّ هُو لا يَرْجِعُ عَلىٰ أحدٍ، وإنْ شاءُوا ضَمَّنُوا الشَّاهِدَيْنِ، ثمَّ هُما لا يرْجِعانِ عِندَ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله؛ لأنَّهم لَمْ يمْلِكوا المَضْمُونَ، وهوَ الدَّمُ؛ لأنَّه لا يقْبَلُ التَّمَلُّكَ؛ لأنَّه ليسَ بِمالٍ.

وعندَهما: يَرجِعونَ بِما ضَمِنوا؛ لأنَّ أداءَ الضَّمَانِ انعقدَ سببًا لِملْكِ المَضْمُونِ، لكِن لَمْ يَثْبُتِ المِلْكُ في المَضْمُونِ لعدمِ قبولِه، فَيَثْبُتُ في بدلِه، كمَنْ غَصَبَ مُدبَّرًا، وغَصَبَ منه آخرَ، وماتَ في يدِه، وضَمَّنَ المالِكُ الأولَ؛ يَرْجِعُ الأولُ علىٰ الثَّاني بما ضَمِنَ؛ لِمَا قُلنا كذا ههُنا، وإنَّما كتَبْنَا هذِه المسألةَ ـ وإنْ لَمْ يتعَرَّضْ لها صاحبُ «**الهداية**» ـ تكثيرًا للفائدةِ.

قولُه: (وَإِذَا رَجَعَ شُهُودُ الفَرْعِ ضَمِنُوا)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(١)].

اعلَمْ: أنَّ شُهودَ الفرْعِ إذا رجَعوا عَن شهادَتِهم في مَجلِسِ القاضي بعدَ القَضاءِ بشهادَتِهم؛ ضَمِنُوا المشهودَ به؛ لأنَّ إتْلافَ المشْهودِ بِه حَصَلَ بأدائِهم الشَّهَادَةَ في مجلسِ القاضي، فكانَ الإتْلافُ مُضافًا إلىٰ شَهادتِهم، فوَجَبَ عليهِمُ الضَّمَانُ.

قولُه: (وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الأَصْلِ وَقَالُوا: لَمْ [٢/٢٨١ظ] نُشْهِدْ شُهُودَ الفَرْعِ عَلَىٰ شَهَادَتِنَا؛ فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[(١)]، ولَمْ يذْكرْ فيهِ الاختِلافَ بَينَ أصْحابِنا، وكذلِكَ أثْبتَ صاحبُ «**الهداية**» مطلَقًا بِلا ذِكْرِ الخِلافِ.

وقالَ في «**شرْحِ القُدُوريِّ**» للشَّيخِ الإمامِ أَبي نصْرِ البَغْدَادِيِّ رحمه الله: «هذا الَّذي

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/٢٢٤].

....

ذكرَه قَولُ أَبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ، وقالَ محمَّدٌ: يَضْمَنونَ، وهُو روايةٌ عَن أَبي حَنِيفَةَ»[1]. إلى هُنا لفْظه ﷺ.

وقالَ الشَّيخُ الإمامُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في «شرح الجامع الكبير» - في البابِ الثاني من كتابِ الشَّهادات -: «فيما إذا شَهِدا على شَهَادَةِ شَاهدَيْنِ على رَجُلٍ أنَّه قتَلَ فُلانَ بنَ فُلانٍ خطأً؛ فإنَّ القاضيَ يَقْضِي بِالدِّيَةِ عَلى عَاقِلَةِ القاتِلِ؛ لأنَّ الخطأَ مُوجِبٌ لِلمالِ، وما هذا سبيلُه يَثْبُتُ بِالشَّهادةِ عَلى الشَّهَادَةِ.

وإذا قَبَضَ الوَليُّ الدِّيَةَ مِن عَاقِلَةِ المشْهودِ عليْهِ، ثمَّ جاءَ المشْهودُ بقَتْلِه حيًّا، فَلا ضَمَانَ أيضًا على الشُّهودِ الفُروعِ؛ لعدَمِ رُجوعِهم، وعدَمِ ظُهورِ كَذِبِهِمْ بيقينٍ؛ لأنَّ مِنَ الجائزِ أنَّ الأصْلَيْنِ أشْهدَاهُما غيرَ أنَّ الوَلِيَّ يردُّ على العَاقِلَةِ ما أخَذَ؛ لأنَّه اسْتَوْفَى ما ليسَ لَه ولايةُ الاِسْتِيفَاءِ، فلوْ حضَرَ الأصْلانِ وقالا: لَمْ نُشْهِدْ هذَيْنِ على شهادَتِهما[2]، لَمْ يُلْتَفَتْ إلى إنْكارِهِما؛ لأنَّ [٥/٤٠١و/م] ما ثَبَتَ بِقضاءِ القاضي بدليلِه، لا يَبْطُلُ بإنكارِ أحدٍ، ولا ضَمَانَ على الأصلَيْنِ.

أمَّا عَلى قولِ أَبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ: فإنَّهما لوْ رَجَعا بأنْ قالا: أشهَدْناهُما بِباطلٍ؛ لا ضَمَانَ عليْهِما؛ لأنَّ شهادَتَهُما وإشهادَهُما للفَرعيْنِ كانَا في غيرِ مجلسِ القَضَاءِ، والشَّهَادَةُ في غيرِ مَجلسِ القَضَاءِ لا يَكونُ سببَ الضَّمَانِ، كالرُّجوعِ في غيرِ مَجلسِ القَضَاءِ، فإذا لَمْ يَضْمَنا بالرُّجوعِ، فكذا إذا ظهرَ المشْهودُ بقَتْلِه حيًّا لا يَضْمَنانِ.

فأَمَّا عِندَ مُحمَّدٍ: فهُما يَضْمَنانِ بِالرُّجوعِ؛ لأنَّ القَرعيْنِ نقَلا شهادتَهُما إلى مَجلسِ القَضَاءِ، وجُعِلَ حُكْمًا، كأنَّهما أثبَتَا شهادتَهما في مجلسِ القَاضي بأنفُسِهِما

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٢٠٥].

(٢) وقع بالأصل: «شهادتنا». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لأنه خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ فَصَارَ كَرُجُوعِ الشَّاهِدِ، بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ.

وَإِنْ قَالُوا: أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا؛ ضَمِنُوا وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

غاية البيان

ورَجَعا، ثمَّ ههُنا قالَ: لا يَضْمَنانِ ـ أيْ: قالَ مُحمَّدٌ في مَسألةِ الإنْكارِ علىٰ الإشْهادِ: لا ضَمَانَ عَلىٰ الأصليْنِ ـ[1].

فأمَّا أن يُحمَلَ ذلِكَ علىٰ قولِهما خاصَّةً، أوْ يُحْمَلَ عَلىٰ جوابِ محمَّدٍ رحمه الله فيما إذا جاءَا وأنكَرَا، وظهَرَ المشْهودُ بقَتْلِه حيًّا، ولوْ حُمِلَ عَلىٰ الوفاقِ ههُنا، فيحتاجُ محمَّدٌ إلىٰ الفرْقِ بينَ رُجوعِهما وبينَ ظُهورِ المشْهودِ بقَتْلِه حَيًّا.

والفَرْقُ: أنَّ بشَهَادَةِ الفَرعيْنِ يَثْبُتُ شَهادتُهما إذا اتَّصَلَ بذلِكَ قَضَاءُ القاضي، ولكنْ ضَرُورَةَ إمْكانِ القَضَاءِ ونفاذِه علىٰ المَقْضِيِّ عليْه، فأمَّا أنْ يَثْبُتَ في حقِّ الشَّاهدَيْنِ الأصليْنِ عندَ إنْكارِهما ذلِكَ؛ فَلا؛ إذْ لا ضَرُورَةَ إلىٰ ثبوتِها في حقِّهما.

فإذا ظهَرَ المشهودُ بقَتْلِه حيًّا ـ والشَّهَادَةُ في حقِّهما غيرُ ثابتةٍ ـ؛ لَمْ يَضْمَنا، بخلافِ ما إذا رَجَعَا؛ لأنَّ شهادَتَهما ثبتَتْ باعتِرافِهما؛ إذْ لا رجوعَ إلَّا بعدَ الثُّبوتِ، وإذا ثبتَتْ في حقِّهما، وانتقلَتْ إلىٰ مجلِسِ القاضي بنَقْلِ الفَرعيْنِ؛ ضَمِنَا عندَ الرُّجُوعِ». هذا تقْريرُ الشَّيخِ أبي المُعِينِ في «شرْح الجامع الكبير».

قولُه: (لِأَنَّهُ خَبَرٌ مُحْتَمِلٌ)، أيْ: لأنَّ إنكارَ الأصلَيْنِ الإشهادَ خبَرٌ محتَمِلٌ للصدْقِ والكذبِ، فلا يَبْطُلُ القَضَاءُ بالاحتِمالِ، كما إذا رَجَعَ الشُّهودُ بعدَ القَضَاءِ؛ لا يَبْطُلُ القَضَاءُ بالرُّجوعِ، فكذا لا يَبْطُلُ بإنكارِ الإشْهادِ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا قَبْلَ القَضَاءِ)، يعْني: إذا أنكرَ شهودُ الأُصولِ الإشْهادَ قبْلَ القَضَاءِ بشَهَادَةِ الفُروعِ؛ لا يَقْضِي القاضي بشَهَادَةِ الفُروعِ بعدَ ذَلِكَ [٢/٢٨٢و]، كما إذا رَجَعَ الشهودُ قبْلَ القَضَاءِ، حيثُ لا يحْكُمُ القاضي بذلِكَ.

قولُه: (وَإِنْ قَالُوا: أَشْهَدْنَاهُمْ وَغَلِطْنَا؛ ضَمِنُوا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في

(١) ينظر: «المحيط البرهاني» [٨/٤٠٢]؛ «فتح القدير» [٧/٤٩٥].

وَأَبِي يُوسُفَ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ لِأَنَّ الْقَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الْفُرُوعِ لِأَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ مِنْ الْحُجَّةِ وَهِيَ شَهَادَتُهُمْ.

﴿غاية البيان﴾

«مختصره»[1]، أيْ: قالَ الأُصولُ: أشهَدْناهُم علىٰ شَهادَتِنا، لكنْ رجَعْنا؛ ضَمِنَ الأصولُ، ولَمْ يذكُرِ القُدُورِيُّ الخلافَ كما ترىٰ.

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ﷺ، وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ ﷺ: لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ). وكذلِكَ ذكرَ الخِلافَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»، وعامَّةِ «شُروح الجامع الكبير»، و«الشامل».

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرْح [٥/٤٠١ظ/م] أدب القاضي»: رَوىٰ مُحمَّدٌ عَن أصْحابِنا: أنَّه لا شيءَ عليْهِم، ورَوَىٰ أبو يوسُفَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ في «الإملاء»: أنَّ عليْهِم ضَمَانَ ذلِكَ، فأمَّا في ظاهرِ الرِّوايةِ: فَعلَىٰ قولِ أَبي حَنِيفَةَ وأَبي يوسُف ﷺ: لا يضْمَنونَ، وعَلىٰ قولِ مُحمَّدٍ نفْسِه: يَضْمَنونَ، كما رَوَىٰ أبو يوسُف في «الإملاء»[2].

اعلَمْ: أنَّ الفَرعيْنِ لا ضَمَانَ عَليْهِما في هذِه الصُّورةِ بِالاتِّفاقِ؛ لأنَّهما لَمْ يَرْجِعا عمَّا شَهِدا بِه.

وأمَّا الأصلانِ: فَعليْهِما الضَّمَانُ عَلىٰ قولِ مُحمَّدٍ ﷺ، ولكنْ للعَاقِلَةِ الخِيَارُ: إنْ شاءوا ضَمَّنُوا الوَلِيَّ، وإنْ شاءوا ضَمَّنُوا الأصليْنِ، فإنْ ضَمَّنوا الوَلِيَّ؛ فالوَلِيُّ لا يَرْجِعُ عَلىٰ الأصلَيْنِ، وإنْ ضَمَّنُوا الأصلَيْنِ؛ رَجَعَا علىٰ الوَلِيِّ.

وَجْهُ قَولِ محمَّدٍ ﷺ: أنَّ شَهَادَةَ الأصليْنِ صارَتْ منقولةً إلىٰ مَجلسِ القَضَاءِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/٢٢٤].

(٢) قال في «الفتح»: وقد أخر المصنف دليل محمد، وعادته أن يكون المرجح عنده ما أخره. ينظر: «بدائع الصنائع» [٢٨٧/٦]، «الاختيار» [١٥٥/٢]، «تبيين الحقائق» [٢٥١/٤]، «الجوهرة النيرة» [١٣٩/٢]، «فتح القدير» [٤٩٥/٧]، «البحر الرائق» [١٣٨/٧].

وَلَهُ أَنَّ الْفُرُوعَ نَقَلُوا شَهَادَةَ الْأُصُولِ فَصَارَ كَأَنَّهُمْ حَضَرُوا ....

غاية البيان

حُكْمًا ؛ لأنَّ القَضاءَ يَقَعُ بِشهادَتِهما ، والقَضاءُ في فصْلِ الشَّهَادَةِ لا يَجوزُ إلَّا بِشَهادَةٍ وُجِدَتْ في مجلسِ القَضاءِ ، والشَّهادَةُ في مجلِسِ القَضاءِ سببُ وُجوبِ الضَّمانِ عِندَ ظُهورِ كَذِبِ الشُّهودِ .

فأمَّا مِن حيثُ الحقيقةُ : فشهادتُهما وُجِدَتْ في غيرِ مَجلسِ القَضاءِ ، والشَّهادَةُ في غيرِ مَجلسِ القَضاءِ لا تصْلُحُ سَببًا لوجوبِ الضَّمانِ ، وإنْ ظهَرَ كذِبُ الشُّهودِ ، فَعمِلْنا بالحقيقةِ حالَ انعِدامِ رُجوعِهما ، وعَمِلْنا بالحُكْمِ حالَ رُجوعِهما .

ولأبي حَنيفَةَ وأبي يوسُف ﷺ : أنَّ القِياسَ يأبَىٰ جوازَ القَضاءِ بِالشَّهادةِ علىٰ الشَّهادَةِ ؛ لأنَّ الفَرعَ بِشهادتِه نقَلَ إلىٰ مجلسِ القاضي شَهادَةَ الأصلِ الَّتي وقعَتْ في غيرِ مَجلسِ القاضي ، والشَّهادَةُ في غيرِ مَجلسِ القضاءِ ليستْ بحُجَّةٍ ، ولكنَّا تركْنا القياسَ ، وجَوَّزْنا القَضاءَ بِها ، وجعَلْنا شَهادَةَ الأصلِ كالمؤْجودةِ في مجلسِ القَضاءِ في حقِّ جوازِ القَضاءِ ؛ لتعامُلِ النّاسِ ضَرُورَةَ إحياءِ الحُقُوقِ ، ولا ضَرُورَةَ إلىٰ جَعْلِها كالمؤْجودةِ في مجلِسِ القَضاءِ في حقِّ إيجابِ الضَّمانِ ؛ لأنَّ الإحياءَ يحْصُلُ بدونِه ، فبَقِيَ شَهادَةُ الأُصولِ في حقِّ وجوبِ الضَّمانِ في غَيرِ مَجلسِ القَضاءِ حقيقةً وحكمًا .

فإنْ قيلَ : الفرعُ نائبٌ عنِ الأصلِ في الفعلِ ، وفِعْلُ النَّائبِ كفِعْلِ المَنُوبِ عنهُ .

قُلنا : القياسُ يأبَىٰ جوازَ النِّيابَةِ في الشَّهادَةِ ؛ لأنَّها حقٌّ بدنِيٌّ ، والنِّيابَةُ لا تَجرِي في البدَنيَّاتِ ، وإنَّما جوَّزْنا هذه النِّيابَةَ للضَّرُورَةِ علىٰ ما بيَّنَّا . كذا في «شرح الجامع البُرْهَانِيِّ»[1] .

---

(١) لعلَّه يعني : «شرح الجامع الكبير» لبرهان الدِّين محمود بن أحمد بن مازَة البخاريّ (المتوفىٰ سنة : ٦١٦ هـ) . ينظر : «كشف الظنون» لحاجي خليفة [١/٥٦٩] .

وَلَوْ رَجَعَ الأُصُولُ وَالفُرُوعُ جَمِيعًا؛ يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَهُمَا عَلَى الفُرُوعِ لَا غَيْرُ؛ لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَتِهِمْ: وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ المَشْهُودُ عَلَيْهِ بِالخِيَارِ، إِنْ شَاءَ ضَمِنَ الأُصُولَ وَإِنْ شَاءَ ضَمِنَ الفُرُوعَ، لِأَنَّ القَضَاءَ وَقَعَ بِشَهَادَةِ الفُرُوعِ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَا وَبِشَهَادَةِ الأُصُولِ مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا، وَالجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ فَلَا يُجْمَعُ بَيْنَهُمَا فِي التَّضْمِينِ.

غاية البيان

قوله: (وَلَوْ رَجَعَ الأُصُولُ وَالفُرُوعُ جَمِيعًا؛ يَجِبُ الضَّمَانُ عِنْدَهُمَا عَلَى الفُرُوعِ لَا غَيْرُ)، ذكرَ هذه المسألةَ تفريعًا على مسألةِ القُدُوريِّ، وهي مِن مسائلِ «**الأصل**»[1].

قوله: (مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَا)، أيْ: ذكرَ أبو حَنيفَةَ وأبو يوسُفَ ﵄.

وأرادَ بذلِكَ الوجهِ: ما ذكرَه بقولِه [٥/٤٠٢و/م]: (لِأَنَّ القَاضِيَ يَقْضِي بِمَا يُعَايِنُ مِنَ الحُجَّةِ، وَهِيَ شَهَادَتُهُمْ)، أيْ: شَهَادةُ الفُروعِ.

قوله: (مِنَ الوَجْهِ الَّذِي ذَكَرَ)، أيْ: ذكرَ محمَّدٌ ﵀، وهوَ أنَّ الفُروعَ نقلُوا شَهَادَةَ الأُصولِ.

قوله: (فَيَتَخَيَّرُ بَيْنَهُمَا)، أيْ: يُخَيَّرُ المشهودُ عليْه في التَّضمِينِ بينَ الوَجهَيْنِ، إنْ شاءَ ضمَّنَ الأصولَ، وإنْ شاءَ ضمَّنَ الفروعَ على مذهَبِ [٢/٢٨٢ظ] محمَّدٍ ﵀.

قوله: (وَالجِهَتَانِ مُتَغَايِرَتَانِ)؛ لأنَّ شُهودَ الأصلِ يَشهدونَ علىٰ أصْلِ الحقِّ، وشهودُ الفرعِ يَشهدونَ على شهادةِ الأُصولِ، ولا مُجَانَسَةَ بينَ الشّهادتيْنِ، فَلا تُعْتَبَرُ شَهَادَةُ الفريقيْنِ بمنزلةِ شَهَادَةٍ واحدةٍ، فلِهذا لَمْ يُجْمَعْ بينَ الأصولِ والفُروعِ في التَّضمِينِ بأنْ يُقالَ: يَضْمَنُ الفَريقانِ حقَّ المُدَّعىٰ عليْهِ أنصافًا، بلْ له الخِيارُ في تَضمِينِ أيِّ الفريقَيْنِ شاءَ.

---

(١) في «غ» و«م»: «الأصول».

وَإِنْ قَالَ شُهُودُ الفَرْعِ: كَذَبَ شُهُودُ الأَصْلِ، أَوْ غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ؛ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَىٰ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ مَا أُمْضِيَ مِنَ الْقَضَاءِ لَا يُنْتَقَضُ بِقَوْلِهِمْ، وَلَا يَجِبُ الضَّمَانُ عَلَيْهِمْ لِأَنَّهُمْ مَا رَجَعُوا عَنْ شَهَادَتِهِمْ إِنَّمَا شَهِدُوا عَلَىٰ غَيْرِهِمْ بِالرُّجُوعِ.

قَالَ: وَإِنْ رَجَعَ الْمُزَكُّونَ عَنِ التَّزْكِيَةِ؛ ضَمِنُوا وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ قَالَ شُهُودُ الفَرْعِ: كَذَبَ شُهُودُ الأَصْلِ، أَوْ غَلِطُوا فِي شَهَادَتِهِمْ؛ لَمْ يُلْتَفَتْ إِلَىٰ ذَلِكَ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ ﷺ في «مختصره»[1].

قالَ أبو محمَّدٍ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي»: «وإنْ قالَ اللَّذانِ شَهِدا عندَ القاضي: قدْ أشْهَدَانا على شَهادتِهما، ولكنَّهما كَذَبَا في هذِه الشَّهَادَةِ ـ وهذا القولُ بعدَ القَضَاءِ بِشهادتِهما ـ؛ لَمْ يُلْتَفَتْ إليْه، ولَمْ يلزمْهما ضَمَانُ ذلِكَ؛ لأنَّهما يُقِرَّانِ على غيرِهما بأنَّهما كَذَبا، فلا يُقْبَلُ قولُهما فيهِ.

قولُه: (قَالَ: وَإِنْ رَجَعَ الْمُزَكُّونَ عَنِ التَّزْكِيَةِ؛ ضَمِنُوا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، ولَمْ يذْكُرْ فيهِ الخلافَ.

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ)[3]، وكذلِكَ أثبتَ الخلافَ في «شرح الأقطع»، وقدْ مرَّتِ المسألةُ في بابِ الشَّهَادَةِ علىٰ الزِّنا.

وَجْهُ قولِهما: أنَّ المُزَكِّينَ أثْنَوْا علىٰ الشُّهودِ خيرًا، ولَمْ يشْهَدوا بحقٍّ،

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٢٤].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/٢٢٤].

(٣) قال جمال الإسلام في «شرحه»: والصحيح قول الإمام، واعتمده البرهاني، والنسفي، وصدر الشريعة. ينظر: «بدائع الصنائع» [٢٨٧/٦]، «الاختيار» [١٥٥/٢، ١٥٦]، «تبيين الحقائق» [٢٥٢/٤]، «العناية» [٤٩٧/٧]، «البناية شرح الهداية» [٢١٤/٩]، «فتح القدير» [٤٩٧/٧]، «اللباب في شرح الكتاب» [٧٦/٤].

وَقَالَا: لَا يَضْمَنُونَ لِأَنَّهُمْ أَثْنَوْا عَلَى الشُّهُودِ خَيْرًا فَصَارُوا كَشُهُودِ الْإِحْصَانِ. وَلَهُ أَنَّ التَّزْكِيَةَ إِعْمَالٌ لِلشَّهَادَةِ، إِذْ الْقَاضِي لَا يَعْمَلُ بِهَا إِلَّا بِالتَّزْكِيَةِ فَصَارَتْ بِمَعْنَى عِلَّةِ الْعِلَّةِ، بِخِلَافِ شُهُودِ الْإِحْصَانِ لِأَنَّهُ شَرْطٌ مَحْضٌ.

قال: وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ، وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ، ثُمَّ رَجَعُوا؛ فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً؛ لِأَنَّهُ هُوَ السَّبَبُ، ....

غاية البيان

فصارُوا كشُهودِ الإِحْصَانِ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ القاضي لا يَقْضِي بِالشَّهادةِ على الزِّنَا إلَّا بعدَ تَزْكِيَةِ الشُّهودِ، فكانتِ التَّزْكِيَةُ مُعْمِلَةً للشَّهَادَةِ، فكانتْ في معْنى عِلَّةِ العِلَّةِ، والحُكْمُ يُضافُ إلى عِلَّةِ العِلَّةِ، كما يُضَافُ إلى العِلَّةِ، بخِلافِ شُهودِ الإِحْصَانِ، فإنَّ الإِحْصَانَ شرْطٌ محْضٌ، ليسَ فيهِ معْنى العِلَّةِ؛ لأنَّ الإِحْصَانَ عَلامةٌ مُعَرِّفةٌ لحُكْمِ الزِّنَا الصَّادرِ بعدَ الإِحْصَانِ، ولا يتوقَّفُ ثُبوتُ الزِّنَا على ثُبوتِ الإِحْصَانِ، ويتوقَّفُ الحُكْمُ بشهودِ الزِّنَا على التَّزْكِيَةِ، فظهَرَ الفرقُ، والبَاقِي مَرَّ بيانُه في الحُدُودِ.

قولُه: (وَإِذَا شَهِدَ شَاهِدَانِ بِالْيَمِينِ، وَشَاهِدَانِ بِوُجُودِ الشَّرْطِ، ثُمَّ رَجَعُوا؛ فَالضَّمَانُ عَلَى شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

قالَ الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ ـ في آخرِ كتابِ الأَيْمان مِن «شرْح الجامع الكبير» قُبَيْلَ [٥/٤٠٢ظ/م] بابِ اليَمِين في طلاقِ السُّنَّةِ وغير السُّنَّة ـ: «إذا شَهِدَ شاهدانِ على رَجُلٍ أنَّه قالَ لعَبْدِه: إنْ دخلْتَ الدَّارَ فأنتَ حُرٌّ، وشَهِدَ آخرانِ أنَّه دخَلَ الدَّارَ، وقضَى القاضي بعتْقِه، ثمَّ رجَعوا؛ ضَمِنَ شاهِدَا اليَمِينِ، دونَ شاهِدَيِ الدُّخولِ؛ لأنَّ العبدَ تَلِفَ بقضاءِ القاضي، والقاضي قضَى بعِتْقِه بشَهادَةِ شُهودِ العِتْقِ؛ لأنَّ العِتْقَ يَثْبُتُ عِندَ دُخولِ الدَّارِ بقولِه: أنتَ حُرٌّ، لا بِدخولِ الدَّارِ، فكانَ التلفُ مضافًا

(١) ينظر: المصدر السابق.

....

إلى ما أثبتَه شاهِدَا اليَمِينِ، دونَ شاهدَيِ الشَّرْطِ».

قالوا في «شروح الجامع»: ولا يلزمُ عَلى هَذا إذا شَهِدَ اثنانِ أنَّه تزوَّجَ فلانةَ، وشَهِدَ آخرانِ أنَّه دخَلَ بِها، وقضَى القاضي بِجميعِ المهْرِ، ثُمَّ رجَعوا؛ يجبُ الضَّمَانُ على شُهودِ الدُّخولِ، وإنْ كانَ وجوبُ المهرِ مضافًا إلى التزَوُّجِ؛ لأنَّ شُهودَ الدُّخولِ أَثبَتُوا أنَّ الزَّوجَ اسْتَوْفَى عِوَضَ ما وَجَبَ عليْهِ مِنَ المهْرِ، فخرجَتْ شَهَادَةُ شهودِ النِّكَاحِ مِن أنْ تكونَ إتلافًا.

وقالَ الشيخ أبو المُعِين في «شرح الجامع»: «لَمْ يذكُر محمَّدٌ ﵀ أنَّ شاهدَيِ الشَّرْطِ لوْ رَجَعَا على الانفِرادِ هَل يَضْمَنانِ؟

[٢/٢٨٣و] ثمَّ قالَ: «ينبَغي أنْ يقالَ: يَضْمَنانِ؛ لأنَّ إيجابَ الضَّمَانِ عَلى مَحَصِّلِ الشَّرْطِ ـ عندَ انعِدامِ إمْكانِ الإيجَابِ عَلى صاحبِ العِلَّةِ ـ واجبٌ».

وقالَ العَتَّابِيُّ في «شرح الجامع»: «وإنْ رَجَعَ شهودُ الشَّرْطِ وحْدَهُم، قالَ بعضُهمْ: لا يَضْمنونَ، كشُهودِ الإِحْصَانِ إذا رجَعوا وحْدَهُم.

وقالَ أكثرُ المشايخ: يَضْمنونَ؛ لأنَّهم تسبَّبُوا للتَّلَفِ بغيرِ حقٍّ، ولَه أثرٌ في وجودِ العِلَّةِ عندَ الشَّرْطِ، فيكونُ سببُ الضَّمَانِ عندَ عدمِ العِلَّةِ، بخِلافِ الإِحْصَانِ؛ لأنَّه يُؤثِّرُ في مَنْعِ وُجودِ العِلَّةِ ـ وهو الزِّنَا ـ لا في وجودِه، فلا يَلْحَقُ بالعلَّةِ.

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «أصولِه» ـ في فصْلِ تقْسيمِ الشَّرْطِ ـ: «قُلْنا في شُهودِ التَّعليقِ وشُهودِ الشَّرْطِ ـ إذا رجَعوا ـ الضَّمَانُ على شُهودِ التَّعليقِ خاصَّةً؛ لأنَّهم نقَلوا قولَ المَوْلَى: أنتَ حُرٌّ، وهذا بانفِرادِه عِلَّةٌ تامَّةٌ؛ لإضافةِ حُكْمِ العِتْقِ إليْه، فلَمْ يكُنِ الشَّرْطُ هناكَ شبهَ العِلَّةِ، فلِهذا لا يَضْمَنُ شُهودُ الشَّرْطِ شيئًا، سواءٌ رَجَعَ الفريقانِ، أوْ رَجَعَ شهودُ الشَّرْطِ خاصَّةً.

وَالتَّلَفُ يُضَافُ إِلَىٰ مُثْبِتِ السَّبَبِ دُونَ الشَّرْطِ الْمَحْضِ أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الْيَمِينِ دُونَ شُهُودِ الشَّرْطِ، [٥٨/و] وَلَوْ رَجَعَ شُهُودُ الشَّرْطِ وَحْدَهُمْ اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ. وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ: يَمِينُ الْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ، والله أعلم.

وكذلِكَ إذا رَجَعَ شُهودُ التَّخييرِ وشُهودُ الاخْتِيارِ، فإنَّ الضَّمانَ علىٰ شُهودِ الاخْتِيارِ خاصَّةً؛ لأنَّ التَّخييرَ سببٌ، وما عارَضَه - وهوَ الاخْتِيارُ - عِلَّةٌ تامَّةٌ للحُكْمِ، فكانَ الحُكْمُ مُضافًا إليهِ دونَ السَّببِ، فلَمْ يَضْمَنْ شهودُ السَّببِ شيئًا، كما لا يَضْمَنُ شُهودُ الشَّرْطِ»[1]. إلىٰ هُنا لَفْظُ شَمسِ الأئمَّةِ.

قولُه: (فَالضَّمَانُ عَلَىٰ شُهُودِ الْيَمِينِ خَاصَّةً)، فيهِ خلافُ زُفَر ﷺ؛ لأنَّه يُوجِبُ الضَّمانَ علىٰ الفريقَيْنِ؛ لأنَّ التلفَ حَصَلَ بشَهادَةِ [٥/٤٠٣و/م] الجميعِ.

قولُه: (مُثْبِتِ السَّبَبِ)، أي: العِلَّة؛ لأنَّ شُهودَ اليَمِينِ يُثْبِتونَ عِلَّةَ العِتْقِ، كما مَرَّ بيانُه آنفًا.

قولُه: (أَلَا تَرَىٰ أَنَّ الْقَاضِيَ يَقْضِي بِشَهَادَةِ الْيَمِينِ دُونَ [شُهُودِ][2] الشَّرْطِ)، يعْني: أنَّ القاضيَ يسْمَعُ الشَّهادَةَ باليمينِ ويحْكُمُ بِها، وإنْ لَمْ يشْهَدْ بِالدُّخولِ، وإذا لَمْ يتعَلَّقْ بشهادتِهم حقٌّ؛ صاروا كشُهودِ الإحْصَانِ، فَلا يلزمُهُم الضَّمانُ[3]. كذا في «شرح الأقطع».

قولُه: (اخْتَلَفَ الْمَشَايِخُ فِيهِ)، ومالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ إلىٰ عدَمِ وُجوبِ الضَّمانِ علىٰ وُجودِ[4] الشَّرْطِ، مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَمَعْنَى الْمَسْأَلَةِ: يَمِينُ الْعَتَاقِ وَالطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ)، يعْني: شَهِدَ

(١) ينظر: «أصول السرخسي» [٢/٣٢٤].
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٠٦].
(٤) في «غ» و«م»: «علىٰ وجوب».

....

رجلانِ علىٰ أنَّه علَّقَ عِتْقَ عبْدِه ، أوْ طلاقَ امرأتِه بدخولِ الدَّارِ ، وشَهِدَ آخرانِ أنه وُجِدَ الشَّرْطُ ، فقضَىٰ القاضي بوقوعِ العِتْقِ والطَّلَاقِ ، ثمَّ رجَعوا جميعًا ؛ فالضمانُ علىٰ شُهودِ اليَمِينِ دُونَ [شهودِ][1] الشَّرْطِ ؛ لِمَا قُلنا.

وإنَّما قَيَّدَ بقولِه: (قَبْلَ الدُّخُولِ) ؛ لأنَّ رُجوعَ الشُّهودِ بالطَّلاقِ عَن الشَّهَادَةِ إذا كانَ بعدَ دُخولِ الزَّوجِ لا يَضْمنونَ شيئًا ، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلكَ عندَ قولِه: (وَإِنْ شَهِدَا عَلَىٰ رَجُلٍ أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، ثُمَّ رَجَعَا ؛ ضَمِنَا نِصْفَ المَهْرِ).

واللهُ تَعالىٰ أعْلَمُ

[تم السفر الخامس من كتاب «غاية البيان نادرة الزمان في شرح الهداية» للإمام العلامة أبو حنيفة قوام الدين الأتقاني الفارابي روح الله روحه ونور ضريحه ، علىٰ يد أضعف عبيده وأحوجهم إلىٰ مغفرته محمد ، المدعو: صفي الدين بن محمد بن حسن بن محمد بن أحمد بن علي المخزومي نسبًا ، الخليلي مولدا لوالده ، غفر الله له ولمن دعا له بالمغفرة ولجميع المسلمين آمين ، بمنه وكرمه وحسن توفيقه إنه علىٰ ما يشاء قدير .

ويتلوه إن شاء الله تعالىٰ في الجزء الذي يليه كتاب «الوكالة» إن شاء الله تعالىٰ][2] .

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م» ، و«غ».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م».

كِتَابُ الوَكَالَةِ

قال: كُلُّ عقْدٍ جازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنفسِهِ؛ جازَ أَنْ يُوكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ؛ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ قَدْ يَعْجِزُ عَنْ الْمُبَاشَرَةِ بِنَفْسِهِ عَلَى اعْتِبَارِ بَعْضِ الْأَحْوَالِ فَيَحْتَاجُ إِلَى أَنْ يُوكِّلَ غَيْرَهُ فَيَكُونَ بِسَبِيلٍ مِنْهُ دَفْعًا لحاجته.

غاية البيان

[٦/١ظ/م] [بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ][1]

كِتَابُ الوَكَالَةِ

أَوْرَدَ كتابَ الوَكَالَةِ عَقِيبَ كتابِ الشَّهَادَةِ؛ لأنَّ في كلِّ واحدةٍ مِنَ الشَّهَادَةِ والوَكَالَةِ إعانةَ الغيْرِ بإحياءِ حقِّهِ.

والوَكَالَةُ ـ بكَسْرِ الواوِ وفتْحِها ـ: التَّفويضُ والتَّسْليمُ، مِن قولِهم: وَكَّلَ إليْهِ الأمْرَ؛ إذا فوَّضَه إليْه، يُقالُ: علىٰ اللهِ توكَّلْنا، أيْ: فوَّضْنا أمْرَنا إليْهِ، ومنهُ قولُه تَعالىٰ في [٢٨٣/٢ظ] سورةِ هود: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى ٱللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُم﴾ [هود: ٥٦]، أي: فوَّضْتُ أمرِي إلىٰ اللهِ مُدَبِّري ومُدَبِّرِكُم، لا أعتمِدُ إلَّا عليْهِ، ولا أخافُ غيرَه؛ إذْ كلُّ شيءٍ في قَبْضتِه وقُدْرتِه وسُلْطانِه.

وفي عُرْفِ أهلِ الشَّرْعِ: تفويضُ التَّصرُّفِ إلىٰ الغيرِ لِيقومَ بِه ذلكَ الغَيْرُ لأجْلِ المُفَوِّضِ.

قولُه: (كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ؛ جَازَ أَنْ يُوكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م».

(٢) ينظر: «مختصر القُدُو[ري]» [ص/١١٥].

....

معنى قوله: (أَنْ يَعْقِدَهُ بِنَفْسِهِ)، أيْ: بأهليَّةِ نَفْسِه على سبيلِ الاستِبداد، واحْتُرِزَ بِه عَن تَوْكِيلِ الوَكِيلِ إذا لَمْ يأذَنْ له المُوَكِّلُ، فإنَّه لا يَجوزُ، فإنَّه لا يتصرَّفُ فيما وُكِّلَ بِه مُستبِدًّا، ثمَّ هذا الكُلِّيُّ يَطَّرِدُ ولا ينعكسُ؛ لأنَّه لا يقالُ: كلُّ ما لا يَجوزُ لَه أنْ يَعْقِدَه بنفسِه لا يَجوزُ لَه أن يُوكِّلَ غَيرَه؛ لأنَّ المسلِمَ لا يجوزُ لَه بَيْعُ الخَمْرِ وشراؤُها، ويَجوزُ لَه أن يُوكِّلَ الذِّمِّيَّ بذلِكَ على قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ.

ولا يَرِدُ على طَرْدِ الكُلِّيِّ: الذِّمِّيُّ؛ لأنَّه يَمْلِكُ بَيْعَ الخَمْرِ بنفسِه، ولا يَمْلِكُ تَوْكِيلَ المسلِمِ بذلِكَ أيضًا، ولكِنْ إنَّما لا يَمْلِكُ تَوْكِيلَ المسلِمِ بذلِكَ؛ لأنَّه مَنْهِيٌّ عنِ اقْترابِ الخَمْرِ، حيثُ أُمِرَ باجتنابِ الخَمْرِ، فكانَ ذلِكَ أمرًا عارِضًا في الوَكِيلِ، والعَوارِضُ لا تقْدَحُ في القواعِدِ.

ثمَّ الأصلُ في جوازِ الوَكَالَةِ: قولُه تَعالى: ﴿فَٱبۡعَثُوٓاْ أَحَدَكُم بِوَرِقِكُمۡ هَٰذِهِۦٓ إِلَى ٱلۡمَدِينَةِ﴾ [الكهف: ١٩].

ورَوَى أصحابُنا في كُتُبِهم: أنَّ النَّبِيَّ ﷺ دفعَ إلى حَكِيمِ بْنِ حِزَامٍ دينارًا ليَشْتَرِيَ لَه بِه أُضْحِيَّةً[١]، ووَكَّلَ عُمَرَ بْنَ أَبِي سَلَمَةَ في نِكَاحِ أُمِّ سَلَمَةَ[٢]، ولأنَّ الإنسانَ قَدْ يَعْجِزُ عَن مُباشَرةِ العُقُودِ بنفْسِه؛ لقلَّةِ هِدايتِه، أوْ لكثْرةِ أشْغالِه، أوْ لكثْرةِ مالِه ونحوِ ذلِكَ، فلوْ لَمْ يَجُزِ التَّوْكِيلُ يلزمُ الحرَجُ، وهوَ مُنتَفٍ بالنَّصِّ، فجازَ التَّوْكِيلُ نفيًا للحَرَجِ، ودفعًا للحاجةِ.

---

(١) يأتي تخريجه قريبًا.

(٢) أخرجه: النسائي في كتاب النكاح/ إنكاح الابن أمه [رقم/٣٢٥٤]، وأبو يعلى في «مسنده» [رقم/٦٩٠٨]، وعنه ابن حبان في «صحيحه» [رقم/٢٩٤٩]، والحاكم في «المستدرك على الصحيحين» [٤/١٨]، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ﵂ في سياق قصة، وفيه قولُ أُمِّ سَلَمَةَ لابنها: «يَا عُمَرُ، قُمْ فَزَوِّجْ رَسُولَ اللهِ ﷺ، فَزَوَّجَهُ».
قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد».

وَقَدْ صَحَّ «أَنَّ النَّبِيَّ - ﷺ - وَكَّلَ بِالشِّرَاءِ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ وَبِالتَّزْوِيجِ

غاية البيان

قولُه: (حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ)، هو حَكِيمُ بنُ حِزَامِ بنِ خُوَيْلِدِ بنِ أَسَدِ بنِ عبد العُزَّىٰ بن قُصَيٍّ، ويُكْنَىٰ أبا خالدٍ، وُلِدَ قبلَ الفِيلِ بثلاثَ عشرةَ سَنَةً، أوْ باثنتَيْ عشرةَ سَنَةً على اختلافِ الرِّوايةِ، أسلَمَ يومَ الفتحِ [٦/٢و/م]، وشَهِدَ مع رَسولِ اللهِ ﷺ مسلمًا، وكانَ مِن وجُوهِ قُرَيشٍ وأشرافِها، وعاشَ في الجاهليَّةِ ستِّينَ سَنَةً، وفي الإسلامِ ستِّينَ سَنَةً، وماتَ في المدينةِ في خِلافةِ مُعاويةَ سنةَ أربعٍ وخمسينَ، وهوَ ابنُ مئةٍ وعشرينَ سنَةً، وذهَبَ بصَرُه قبْلَ أنْ يموتَ. كذا ذكَرَه ابنُ شَاهِينَ في كتابِ «المعجم».

وقَالَ الكَرْخِيُّ في أوَّلِ كتابِ الوَكَالَةِ مِن «مختصره»[(١)]: حَدَّثَنَا إبراهيمُ بنُ مُوسَىٰ الجَوْزِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا يعْقوبُ الدَّوْرَقِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا عَبْدُ الرَّحمَنِ بْنُ زيزىٰ[(٢)]،

(١) قد راجعْنا نسختَيْن مِن «مختصر الكَرْخِيّ»، فلَمْ نجد فيهما هذه الأثر مُسْنَدًا! بل تفرَّدَتْ به النسخةُ الثانية مُعلَّقًا وحسب!

أ ـ أمَّا النسخة الأولىٰ: فهي الممْزُوجةُ بشَرْح أبي الفضل ركْن الدين الكِرْماني [ق ١٣٥/أ/ مخطوط مكتبة جار الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٨٦)]، أو [ق ٢٢٠/ب/ مخطوط مكتبة عاطف أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٩١١)].

ب ـ والنسخة الثانية: هي الممْزُوجة بشَرْح الإمام الكبير أبي الحسين القُدُوريّ [ق ٤٠٩/ب/ مخطوط مكتبة داماد إبراهيم باشا ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٥٦٣)]، أو [٣/ق ٢٢٦/أ/ مخطوط مكتبة رضا برامبور ـ الهند/ مصورة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة (رقم الحفظ: ١٤٧٨)].

وقد مضىٰ التنبيه: علىٰ أنه لا يكاد يوجد: «مختصر الكَرْخِيّ» إلا ممْزُوجًا بالشروح عليه! فلَمْ يبْقَ إلا ما كنَّا أبدَيْناه سابقًا مِن أن القُدُوريَّ والكِرْمانيَّ كان يتصرَّفان في عبارة الكَرْخِيّ، فيأْتِيان بالمعنىٰ دون اللفظ، مع اختصارهما أسانيدَ الرجل في «مختصره»!

(٢) في «غ» و«م»: «الزمزمي»! والمُثْبت مِن سائر النُّسَخ الأخرَىٰ المُعْتمدة، وهكذا الكلمة أيضًا في جملة مِن النُّسَخ المُساعِدة مثل: «خ»، و«ح»، وغيرهما، وهكذا نقَلَها ابنُ الهمام عن المؤلف في: «فتح القدير» [٨/٥]. ولَمْ نَهْتَدِ إلى ضَبْطها ولا معرفة صاحبها! ونخشَىٰ أنْ يكون الاسم مُحرَّفًا مِن: «عبد الرحمن بن مهْدِي»، فقد أكثر يعقوبُ الدورَقيُّ مِن الرواية عنه عن سفيان الثوريّ، بل روَىٰ ابن مهدِي هذا الحديثَ خاصة عن سفيان عند الدارقطني [٣/٩]، وغيره.

عُمَرَ بْنَ أَبِي سَلَمَةَ.

عَنْ سُفْيَانَ، عَنْ أَبِي حَصِينٍ عَنْ شَيْخٍ مِن أَهْلِ المدِينَةِ، عَنْ حَكِيمِ بن حِزَامٍ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ دِينَارًا يَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَّةً، فَاشْتَرَىٰ لَهُ أُضْحِيَّةً بِدِينَارٍ، فَبَاعَهَا بِدِينَارَيْنِ، ثُمَّ اشْتَرَىٰ لَهُ أُضْحِيَّةً بِدِينَارٍ، وَجَاءَهُ بِدِينَارٍ وَأُضْحِيَّةٍ، فَتَصَدَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بِالدِّينَارِ وَدَعَا لَهُ بِالبَرَكَةِ»[1]، وقدْ رَوَيْنَا حديثَ عُرْوَةَ البَارِقِيِّ أيضًا في البيوعِ[2]، في: فَصْل بَيْع الفُضُولِيّ.

قولُه: (عُمَرَ بْنَ أَبِي سَلَمَةَ)، هوَ عُمَرُ بنُ أَبِي سَلَمَةَ المَخْزُومِيُّ، ويُكْنَىٰ: أبا حَفْصٍ، قالَ محمدُ بنُ سعدٍ: «توفِّيَ رسولُ اللهِ وهوَ ابنُ تِسعِ سنينَ، وقدْ حَفِظَ عَنْ رَسُولِ اللهِ، وتوفِّيَ في خلافةِ عبدِ المِلْكِ بنِ مَرْوانَ بِالمدينةِ»[3]. كذا ذكرَه ابنُ شَاهِينَ.

ولَنا: في تَوْكِيلِ عُمَرَ بنِ أَبِي سَلَمَةَ نظَرٌ؛ لأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ تزوَّجَ أُمَّ سَلَمَةَ بعدَ وقعةِ بدْرٍ في سنةِ اثنتَينِ. كذا قالَ أبو عُبيدةَ مَعْمَرُ بنُ المُثَنَّىٰ[4]، وكانَ عُمَرُ بنُ أبي سَلَمَةَ يومَ توفِّيَ رسولُ اللهِ [٢/٢٨٤و] ﷺ: ابنَ تِسعِ سِنينَ. قالَه الوَاقِدِيُّ. ويكونُ علىٰ هذا الحِسَابِ سِنُّ عُمَرَ بنِ أَبِي سَلَمَة يومَ تزَوَّجَ أُمَّ سَلَمَةَ: سَنَةً واحدةً، فكيفَ يُوكِّلُه رسولُ اللهِ ﷺ وهوَ طفْلٌ لا يَعْقِلُ؟!

---

(١) أخرجه: أبو داود في كتاب البيوع/ باب في المضارب يخالف [رقم/٣٣٨٦]، ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/١١٢]، والترمذي في كتاب البيوع/ باب منه [رقم/١٢٥٧]، والدارقطني في «سننه» [٣/٩]، عَنْ حَكِيم بن حِزَامٍ ﷺ به.
قال ابنُ أبي العز: «حديث ضعيف». ينظر: «التنبيه علىٰ مشكلات الهداية» لابن أبي العز [٤/٥٣٥].

(٢) مضىٰ تخريجه هناك.

(٣) ينظر: «الطبقات الكبير» لابن سعد [٦/٥٣٣].

(٤) أخرجه: الحاكم في «المستدرك علىٰ الصحيحين» [٤/٣]، عن أبي عُبيدة مَعْمَر بن المُثَنَّىٰ به.

قَالَ: وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ لِمَا قَدَّمْنَا مِنْ الْحَاجَةِ

غاية البيان

قوله: (قَالَ: وَتَجُوزُ الوَكَالَةُ بِالخُصُومَةِ فِي سَائِرِ الحُقُوقِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»(١).

اعلَمْ: أنَّ التَّوْكِيلَ بالخُصُومَةِ في جَميعِ الحُقُوقِ وإثباتِها جائزٌ إلا في الحُدُودِ والقِصَاصِ، فإنَّ التَّوْكِيلَ بإثباتِها جائزٌ عندَ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله خلافًا لأبي يوسُفَ وزُفَر رحمهما الله. كذا في «المختلف»(٢)، وقولُ محمَّدٍ مضطربٌ في بعضِ الرِّواياتِ، ذكرَ قولَه معَ أَبي حَنِيفَةَ، وفي بعضِها معَ أَبي يوسُفَ(٣). كذا في «شرْح الطَّحَاوِيِّ».

وذكرَ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»، قولَ محمَّدٍ رحمه الله معَ أَبِي حَنِيفَةَ رحمه الله، قالَ فيه: «ولا تجوزُ الوَكَالَةُ في الحُدُودِ، ولا في القِصَاصِ إلَّا في إثباتِ البيِّناتِ [٦/٢ظ/م] عليْها، فإذا وجبَتْ إقامتُها؛ لَمْ تُقَمْ إلَّا بمَحْضَرٍ مِنَ المُوَكِّلِ بِها في قولِ أَبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ رحمهما الله، وقالَ أَبو يوسُف رحمه الله: لا تُقْبَلُ الوَكَالَةُ في شيءٍ مِن ذلِكَ مِن خُصُومَةٍ فيها، ولا مِن إثباتِ بَيِّنَةٍ عليْها، ولا مِنْ غَيرِ ذلِكَ منْها»(٤). إلى هُنا لَفْظُ الطَّحَاوِيِّ.

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «التَّوْكِيلُ في اسْتِيفَاءِ الحُدُودِ والقِصَاصِ بَاطِلٌ بالإجماعِ، ولوْ كانَ المُوَكِّلُ حاضرًا، وأمَرَ بِاسْتِيفَاءِ القِصَاصِ جازَ»(٥).

أمَّا التَّوْكِيلُ بالخُصُومَة في سائِرِ الحُقُوقِ: فإنَّما جازَ لِمَا رَوَيْنَا قبْلَ هذا: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ في الشِّرَاءِ، فإذا جازَ التَّوْكِيلُ فيهِ؛ جازَ في غيرِه؛ لأنَّه عَقْدٌ يجوزُ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٥].
(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٧٤٥/٤].
(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/٢٦٣].
(٤) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٠٩].
(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/٢٦٣].

إذْ لَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يَهْتَدِي إلَىٰ وُجُوهِ الْخُصُومَاتِ. وَقَدْ صَحَّ أَنَّ عَلِيًّا - ﷺ - وَكَّلَ عَقِيلًا، وَبَعْدَمَا أَسَنَّ وَكَّلَ عَبْدَ اللهِ بْنَ جَعْفَرٍ.

غاية البيان

أنْ يتولَّاه المُوَكِّلُ بنفسِه، فَجازَ أنْ يُوكِّلَ بِه غيرَه كَالبَيْعِ، ولأنَّ الإنسانَ قَد يعْجزُ عَن المباشرةِ بنفسِه، فجازَ أنْ يُوكِّلَ غيرَه، وهوَ المرادُ مِن قولِه: **(لِمَا قَدَّمْنَا)**.

وقدْ ذكرَ أصحابُنا ﷺ **في كُتُبِهم: أنَّ عَلِيًّا** ﷺ **وَكَّلَ عَقِيلًا في الخُصُومَاتِ،** وكانَ فَطِنًا ذكِيًّا، فلَمَّا كَبِرَ عَقِيلٌ وأَسَنَّ؛ وَكَّلَ عبدَ اللهِ بنَ جَعْفَرٍ[١].

وحدَّثَ أبو عُبيدٍ في كتابِ «غريب الحديث»[٢]: عَن عَبَّادِ بنِ العَوَّامِ عَن محمَّدِ بنِ إسْحاقَ عَن رَجُلٍ مِن أهلِ المَدينةِ يُقالُ لَه: جَهْمٌ، عَنْ[٣] عَلِيٍّ ﷺ: أنَّه وَكَّلَ عبْدَ اللهِ بْنَ جَعْفَرٍ، وقالَ: «إنَّ لِلخُصُومَةِ قُحَمًا[٤]»[٥].

وفي «الفائق»: «أنَّه وَكَّلَ أخاهُ عَقِيلًا بالخُصُومَةِ، ثمَّ وَكَّلَ بعْدَه عبدَ اللهِ بنَ جَعْفَرٍ، وكانَ لا يحْضُرُ الخُصُومَةَ، ويَقولُ: إنَّ لها لَقُحَمًا، وإنَّ الشَّياطينَ تحْضُرُها. أيْ: مهالكُ وشدائدُ، وقُحَمُ الطَّريقِ: ما صَعُبَ منهُ وشَقَّ علىٰ سالِكِه»[٦].

---

(١) أخرجه: محمد بن الحسن في «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٠٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية]، والبيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٨١]، عنْ عَبْدِ اللهِ بْنِ جَعْفَرٍ قَالَ: «كَانَ عَلِيُّ بْنُ أَبِي طَالِبٍ ﷺ يَكْرَهُ الخُصُومَةَ، فَكَانَ إذَا كَانَتْ لَهُ خُصُومَةٌ وَكَّلَ فِيهَا عَقِيلَ بْنَ أَبِي طَالِبٍ، فَلَمَّا كَبِرَ عَقِيلٌ وَكَّلَنِي». لفْظ البيهقي.

(٢) ينظر: «غريب الحديث» لأبي عُبيد [٣/٤٥٠ - ٤٥١].

(٣) وقع بالأصل: «جهم بن». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٤) **القُحمُ**: المَهَالك. يعني: الذُّنوب العِظَام التي تُقْحِم أصحابها في النار. أي: تُلْقِيهم فيها. وواحِدَتُها: قُحْمَة. وهو بضَمّ القاف، والفتح خطأ. ينظر: «النهاية في غريب الحديث» لابن الأثير [٤/١٩/ مادة: قَحَمَ]. و«المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزي [٢/١٥٩].

(٥) أخرجه: أبو عبيد في «غريب الحديث» [٤/٣٤٢/ طبعة الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية]. ومن طريقه البيهقي في «السنن الكبرىٰ» [٦/٨١]، عن عَبَّاد بن العَوَّام بإسناده به.

(٦) ينظر: «الفائق في غريب الحديث» للزمخشري [٣/١٦٤].

(وَكَذَا بِإِيفَائِهَا وَاسْتِيفَائِهَا إِلَّا فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ فَإِنَّ الْوَكَالَةَ لَا تَصِحُّ بِاسْتِيفَائِهَا مَعَ غَيْبَةِ الْمُوَكِّلِ عَنِ الْمَجْلِسِ) لِأَنَّهَا تَنْدَرِئُ بِالشُّبُهَاتِ وَشُبْهَةُ الْعَفْوِ

وقالَ الخَصَّافُ رحمه الله في «أدب القاضي»[1]: حَدَّثَنَا مُعَاذُ بنُ أَسَدٍ الخُرَاسَانِيُّ قَالَ: حَدَّثَنَا عبدُ اللهِ بنُ المُبَارَكِ عَن مُحمَّدِ بنِ إسْحاقَ عَن جَهْمِ بنِ أَبِي الجَهْمِ عَن عبدِ اللهِ بنِ جَعْفَرٍ: «أَنَّ عَلِيًّا كَانَ لَا يَحْضُرُ الخُصُومَةَ، وَكَانَ يَقُولُ: إِنَّ لَهَا قُحَمًا، يَحْضُرُهَا الشَّيْطَانُ. فَجَعَلَ عَلِيٌّ الخُصُومَةَ إِلَىٰ عَقِيلٍ[2]، فَلَمَّا كَبِرَ وَرَقَّ حَوَّلَهَا إِلَيَّ، فَكَانَ عَلِيٌّ يَقُولُ: مَا قُضِيَ لِوَكِيلِي، وَمَا قُضِيَ عَلَىٰ وَكِيلِي فَعَلَيَّ». إلىٰ هُنا لَفْظُ كتابِ الخَصَّافِ.

وفي هذا الحديثِ دليلٌ علىٰ جوازِ التَّوْكِيلِ بِالخُصُومَةِ، وفيهِ دليلٌ أيضًا علىٰ أَلَّا يحْضُرَ مَجلسَ الخُصُومَةِ بنفْسِه، وهوَ مذهبُنا ومذْهبُ عامَّةِ العُلماءِ؛ لصنيعِ عَلِيٍّ رضي الله عنه.

وقالَ بعضُ العُلماءِ: الأَوْلَىٰ أَنْ يَحْضُرَ بنفسِه؛ لأَنَّ الامتِناعَ مِن الحضورِ[3] إلىٰ مجلسِ القاضي مِن عَلاماتِ المنافقينَ، وقدْ ورَد الذمُّ علىٰ ذلكَ، قالَ تَعالىٰ: ﴿وَإِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحۡكُمَ بَيۡنَهُمۡ إِذَا فَرِيقٞ [٦/٣٠/م] مِّنۡهُم مُّعۡرِضُونَ ﴿٤٨﴾ وَإِن يَكُن لَّهُمُ ٱلۡحَقُّ يَأۡتُوٓاْ إِلَيۡهِ مُذۡعِنِينَ ﴿٤٩﴾ أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمِ ٱرۡتَابُوٓاْ أَمۡ يَخَافُونَ أَن يَحِيفَ ٱللَّهُ عَلَيۡهِمۡ

---

(١) هذا الأثر: لَمْ يذْكره أبو بكر الرازيُّ في شَرْحه علىٰ «أدب القاضي»، لا مُسْندًا ولا معلَّقًا! وقد علَّقه الصدرُ الشهيد في شَرْحه. وهو ثابتٌ موصول: في النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/١٩٥/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)]، وينظر: «شرح أدب القاضي» للصدر الشهيد [٣/٣٩٨ ـ ٣٩٩]، و«شرح أدب القاضي» لأبي بكر الرازيّ [ق/١٦٧/أ ـ ب/ مخطوط متحف بلدية قونية ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١١٦٠٣)].

(٢) وقع بالأصل: «إلىٰ علي». والمثبت من: «م»، و«غ». وهو الموافق لِمَا وقَع في: النسخة المُسْندة مِن «أدب القاضي» للخَصَّاف [ق/١٩٥/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا/ (رقم الحفظ: ٥٤٦)].

(٣) في «غ»، و«م»: «مِن الخصومة».

ثَابِتَةٌ حَالَ غَيْبَةِ الْمُوَكِّلِ، بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ لِلنَّدْبِ الشَّرْعِيِّ، بِخِلَافِ غَيْبَةِ الشَّاهِدِ

وَرَسُولُهُۥۚ بَلْ أُوْلَٰٓئِكَ هُمُ ٱلظَّٰلِمُونَ ۞ إِنَّمَا كَانَ قَوْلَ ٱلْمُؤْمِنِينَ إِذَا دُعُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ وَرَسُولِهِۦ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ أَن يَقُولُواْ سَمِعْنَا وَأَطَعْنَا﴾ [النور: ٤٨ - ٥١].

وجوابُه: أنَّ تأويلَ [٢/٢٨٤ظ] الآية: الرَّدُّ مِن المنافقِ، والإجابة مِن المؤمنِ اعتقادًا. كذا في «**شرْح أدب القاضي**».

وأمَّا التَّوْكِيلُ بِاسْتِيفَاءِ الحُدُودِ والقِصَاصِ: فإنَّما لَمْ يَجُزْ حالَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ؛ لشُبهةِ العفوِ، والحُدُودُ تَنْدَرِئُ بِها، والظاهرُ العفوُ؛ لِقولِه تَعالىٰ: ﴿وَأَن تَعْفُوٓاْ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، بِخِلافِ حَضْرةِ المُوَكِّلِ لانعِدامِ الشُّبْهَةِ، وبِخِلافِ حالةِ غَيْبَةِ الشُّهودِ حَيثُ يُسْتَوْفَىٰ الحُدُودُ والقِصَاصُ معَ غَيْبَتِهِم، وإنْ كانَ رجُوعُهم مُحتملًا؛ لأنَّ الظّاهرَ عَدمُ رجُوعِهم احترازًا عنِ الكذِبِ والفِسْقِ.

وأمَّا التَّوْكِيلُ بإثباتِ الحُدُودِ والقِصَاصِ: فَجائزٌ عَن أبي حَنِيفَةَ، خِلافًا لأبي يوسُف وزُفَر، علىٰ اضطِرابِ[١] قولِ محمَّدٍ[٢].

وَجْهُ قولِ أَبي يوسُف: أنَّ خُصُومَةَ الوَكِيلِ بَدَلٌ عَن خُصُومَةِ المُوَكِّلِ، ولا مدخلَ للأبْدالِ في بابِ الحُدُودِ والقِصَاصِ، ولهذا لا يَثْبُتُ بشَهَادَةِ رَجُلٍ وامْرأتَيْنِ، ولا بِالشَّهادةِ علَىٰ الشَّهَادَةِ، ولا يجوزُ التَّوْكِيلُ باسْتيفائِها اتِّفاقًا معَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: أنَّ ثبوتَ الحُدُودِ والقِصَاصِ يعْتَمِدُ علَىٰ حُجَّةٍ كاملةٍ عندَ القاضي، وقد وُجِدَتِ الحُجَّةُ كاملةً، فيجبُ اسْتيفاؤُها، فإذا جاءَ أوَانُ الاِسْتِيفَاءِ، فلا تُسْتَوْفَىٰ إلّا بحضورِ المُوَكِّلِ. كذا في «**شرح أدب القاضي**».

---

(١) وقع بالأصل: «علىٰ اضراب». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «التجريد» للقدوري [٦/٣٠٨٦]، «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤١٠]، «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٣/٢٧٣]، «الاختيار» [٢/١٥٧]، «البناية» [٩/٢٢١]، «فتح القدير» [٧/٥٠٥].

لِأَنَّ الظَّـاهِرَ عَـدَمُ الرُّجُـوعِ، وَبِخِـلَافِ حَالَـةِ الْحَضْـرَةِ لِانْتِفَـاءِ هَـذِهِ الشُّـبْهَةِ،

بخِلافِ شَهَادَةِ رَجُلٍ وامرأتَيْنِ، والشَّهَادَةِ على الشَّهَادَةِ، فإنَّ تِلكَ الحُجَّةَ قاصرةٌ، فلَمْ يَجُزِ اسْتِيفَاءُ الحُدُودِ والقِصَاصِ بِها، وكونُ الوَكِيلِ بَدلًا لا يُخِلُّ بِظُهورِ الحَقِّ بعدَ وُجودِ الحُجَّةِ الكامِلةِ، ولهذا إذا قضَى بِها فيها نائبُ القاضي جازَ، ولأنَّ الأصلَ في إضافةِ الحُكْمِ هوَ العِلَّةُ، والحُكْمُ هُنا - وهوَ وُجوبُ الحَدِّ، أوِ القِصَاصِ - مضافٌ إلى الجنايةِ وهيَ العِلَّة.

وظهورُ ذلكَ عندَ القاضي يَثْبُتُ بالشهودِ، فبَقِيَتِ الخُصُومَةُ في ذلكَ شرْطًا مَحْضًا، لا حَظَّ لها في الوُجُوبِ والظُّهورِ، فأشْبَهَتْ سائرَ الحُقُوقِ، فجازَ التَّوْكِيلُ بالخُصُومَةِ بإثباتِ الحُدُودِ والقِصَاصِ، كما في سائرِ الحُقُوقِ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ بها إثباتُ حقٍّ لا تُؤثِّرُ فيهِ الشُّبْهَةُ.

قولُه: (فِي سَائِرِ الحُقُوقِ).

قالَ الجَوْهَرِيُّ - في كتاب الراءِ في فصْلِ السينِ معَ الياءِ -: «سائرُ النَّاسِ: جميعُهم»[١].

قالوا: إنَّه وهم مِن وجْهَيْنِ:

أحدُهُما: في تفسيرِه؛ لأنَّ السَّائرَ بمعْنى: البَاقِي، لا بمعْنَى: الجميع.

والثاني: أنَّه أورَدَه في الأجْوَفِ، وهوَ مهموزُ العينِ، وفي المَثَل [٦/٣٣ظ/م]: «أَسائِرٌ[٢] اليومَ وقدْ زالَ الظُّهْرُ»[٣]؟ مِن سَارَ، بمعْنى: بقِيَ، يُضْرَبُ لطالبِ

(١) ينظر: «الصحاح في اللغة» للجَوْهَري [٢/٦٩٢/ مادة: سير].

(٢) وقع بالأصل: «السائر». والمثبت من: «ض». وفي: «غ»، و«م» و«تح»: «سائر».

(٣) هذا مَثَلٌ عربيٌّ مشهور، يُضرَب لمَنْ يطمَع في الأمر بعد أنْ تبيَّن له اليأس منه، أصْلُه: أن الرجُل يُريد السَّيْرَ فلا يَسِير ويتثاقَل، حتى إذا مضَى وَقْتُ الظُّهر وانقطع مُعْظَم اليوم. والسائر: هو الباقي، وقد يُستَعمل بمعنى الجميع. والهمزةُ للاستفهام الإنكاري. ينظر: «المستقصى في أمثال العرب»=

وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ. فَلَوْ مُنِعَ مِنْهُ يَنْسَدُّ بَابُ الِاسْتِيفَاءِ أَصْلًا، وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ.

الشيءِ بعدَ اليأسِ منهُ، ويجوزُ أنْ يُرَادَ بِالسائرِ: الجميعُ؛ مجازًا.

قولُه: (وَلَيْسَ كُلُّ أَحَدٍ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ)، هذا جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقالَ: ينبَغِي ألَّا يجوزَ التَّوْكِيلُ بِاسْتِيفَاءِ الحُدُودِ والقِصَاصِ حالَ حَضْرةِ المُوَكِّلِ، وهوَ القياسُ؛ لأنَّه اسْتِيفَاءٌ بِما قامَ مقامَ الغيرِ، فصارَ كَالشَّهَادَةِ علىٰ الشَّهَادَةِ.

فأجابَ عنهُ وقالَ: إنَّما جازَ التَّوْكِيلُ باسْتيفائِهِما حالَ حَضْرةِ المُوَكِّلِ، وهُو الاستِحْسانُ؛ لأنَّا لوْ لَمْ نُجَوِّزِ النِّيَابَةَ؛ بطَلَتِ الحُدُودُ والقِصَاصُ؛ لأنَّ المُسْتحقَّ لها ربَّما لا يُحْسِنُ استيفاءَها، فلا بُدَّ مِن اسْتِنَابَةِ مَن يَقْدِرُ علىٰ ذلِكَ؛ كَيْلَا تضيعَ الحُقُوقُ.

وقالَ في «شرح الأقطع»: «قالَ الشَّافِعِيُّ: يجوزُ الاستيفاءُ معَ غَيْبَةِ المُوَكِّلِ[1]، وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّه يُسْتَوْفَىٰ القِصَاصُ معَ تَجويزِ العفْوِ الظَّاهِرِ، أصْلُه: إذا ادَّعَىٰ القاتلُ العفوَ، وزعَمَ أن لَه بَيِّنَة.

فإنْ قيلَ: حقٌّ يدْخُلُه[2] النِّيَابَةُ، فجازَ أنْ يتَوَكَّلَ في استيفائِه معَ غَيْبَتِه كالدَّيْنِ.

قيلَ: الدَّيْنُ لا يَسْقُطُ بِالشُّبهةِ، ويُمْكِنُ استِدْراكُه بعدَ اسْتيفائِه، وأكثرُ الأحوالِ أنْ يكونَ صاحبُ الدَّيْنِ قدْ أبْرأَ منهُ، وهذا [٢/٢٨٥و] لا يَمْنَعُ الِاسْتِيفَاءَ، والقِصَاصُ تُؤثِّرُ فيه الشُّبْهَةُ، ولا يُمْكِنُ استِدْراكُه بعدَ الِاسْتِيفَاءِ، فاختلَفَا»[3].

قولُه: (وَهَذَا الَّذِي ذَكَرْنَاهُ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أي: جوازُ التَّوْكِيلِ بإثباتِ

= للزمخشري [١/١٥٣]، و«زهر الأكم في الأمثال والحكم» لليوسي [٣/١٥٥].

(١) ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي [٦/٥١٧]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٦٣].

(٢) وقع بالأصل: «يدخل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٧].

(وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: لَا تَجُوزُ الْوَكَالَةُ بِإِثْبَاتِ الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ بِإِقَامَةِ الشُّهُودِ أَيْضًا) وَمُحَمَّدٌ مَعَ أَبِي حَنِيفَةَ، وَقِيلَ مَعَ أَبِي يُوسُفَ ـ ﷺ ـ، وَقِيلَ هَذَا الِاخْتِلَافُ فِي غَيْبَتِهِ دُونَ حَضْرَتِهِ لِأَنَّ كَلَامَ الْوَكِيلِ يَنْتَقِلُ إِلَى الْمُوَكِّلِ عِنْدَ حُضُورِهِ[1].

لَهُ أَنَّ التَّوْكِيلَ إِنَابَةٌ وَشُبْهَةُ النِّيَابَةِ يُتَحَرَّزُ عَنْهَا فِي هَذَا الْبَابِ كَمَا فِي الشَّهَادَةِ عَلَى الشَّهَادَةِ وَكَمَا فِي الِاسْتِيفَاءِ وَلِأَبِي حَنِيفَةَ ـ ﷺ ـ أَنَّ الْخُصُومَةَ شَرْطٌ مَحْضٌ لِأَنَّ الْوُجُوبَ مُضَافٌ إِلَى الْجِنَايَةِ وَالظُّهُورَ إِلَى الشَّهَادَةِ فَيَجْرِي فِيهِ التَّوْكِيلُ كَمَا فِي سَائِرِ الْحُقُوقِ، وَعَلَى هَذَا الْخِلَافِ: التَّوْكِيلُ بِالْجَوَابِ مِنْ جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ[2]. وَكَلَامُ أَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ أَظْهَرُ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ لَا تَمْنَعُ الدَّفْعَ، غَيْرَ أَنَّ إِقْرَارَ الْوَكِيلِ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهِ لِمَا فِيهِ مِنْ شُبْهَةِ عَدَمِ الْأَمْرِ بِهِ.

غاية البيان

الحُدُودِ والقِصَاصِ.

قولُه: (وَكَمَا فِي الِاسْتِيفَاءِ)، يعْني: قالَ أَبو يوسُف: التَّوْكِيلُ بِاسْتِيفَاءِ الحُدُودِ والقِصَاصِ مع غَيْبَةِ المُوَكِّلِ لا يجوزُ بالِاتِّفاقِ؛ لشُبْهةِ النِّيَابةِ، فينبَغي ألَّا يجوزَ التَّوْكِيلُ بإثْباتِها أيضًا لهذا المعْنى.

قولُه: (وَعَلَى هَذَا الخِلَافِ: التَّوْكِيلُ بِالجَوَابِ مِنْ جَانِبِ مَنْ عَلَيْهِ)، أي: إذا وَكَّلَ مَن عليْه الحَدُّ أو القِصَاصُ رَجُلًا بالجوابِ عنهُ، قالَ أَبو حَنِيفَةَ: يجوزُ، وقالَ أبو يوسُف: لا يجوزُ، وقولُ محمَّدٍ: مضطربٌ.

ولكن لا يصحُّ إِقْرَارُ الوَكِيلِ عَلى مُوَكِّلِه بأنْ قالَ: قتَلَ مُوَكِّلي القتيلَ الَّذي يَدَّعِيهِ الوَلِيُّ؛ لشبهةِ عدَمِ الأمرِ بذلكَ، وإنْ كانَ التَّوْكِيلُ بالجوابِ صَحيحًا على

(١) زاد بعده في (ط): «فصار كأنه متكلم بنفسه».

(٢) في (ط): «من عليه الحد والقصاص».

وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مَرِيضًا، أَوْ غَائِبًا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَلَا خِلَافَ فِي الْجَوَازِ إِنَّمَا الْخِلَافُ فِي اللُّزُومِ..

غاية البيان

مذهبِ أَبي حَنِيفَةَ.

قولُه: (وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ: لَا يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِالْخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضَا الْخَصْمِ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مَرِيضًا، أَوْ غَائِبًا مَسِيرَةَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا، وَقَالَا: يَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِغَيْرِ رِضَا الْخَصْمِ)، هذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وقولُ الشَّافِعِيِّ كقولِهما[2]. كذا في «شرح الأقطع»[3].

قالَ صاحبُ «الهداية» [٦/٤و/م]: (وَلَا خِلَافَ فِي الجَوَازِ، وإِنَّمَا الاخْتِلَافُ فِي اللُّزُومِ)، يعْني: يجوزُ التَّوْكِيلُ بِلا رِضا الخَصْمِ بِالاتِّفاقِ، ولكِن لا يلزمُ الوَكَالَةُ عندَ أَبي حَنِيفَةَ، وتلزمُ عِندَهما.

وفَسَّرَهُ الشَّارِحونَ بقوْلِهم: ترْتدُّ الوَكَالَةُ عندَه بردِّ الخَصْمِ، وعندَهما: لا يرْتَدُّ، فَعلى هذا يكونُ معْنى قولِ القُدُورِيِّ: «لا يجوزُ التَّوْكِيلُ بالخُصُومَةِ إِلَّا بِرِضا الخَصْمِ»[4]، أي: لا يلزمُ؛ إطلاقًا لاسمِ اللَّازِمِ عَلى الملْزومِ؛ لأنَّ الجوازَ مِن لَوازِمِ اللُّزومِ.

وذكرَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرْح أدب القاضي» في بابِ إثْباتِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١١٥].

(٢) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٢٧٨/٣]. و«التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٢١٢/٤]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٢٠٦/٥].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٧].

(٤) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١١٥].

لَهُمَا أَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ فِي خَالِصِ حَقِّهِ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَىٰ رِضَا غَيْرِهِ كَالتَّوْكِيلِ بِتَقَاضِي الدُّيُونِ.

غاية البيان

الوَكَالَةِ: أنَّ التَّوْكِيلَ عِندَ أَبي حَنِيفَةَ بغيرِ رِضا الخَصْمِ صَحيحٌ، ولكِن للخَصْمِ أَن يُطالِبَ المُوَكِّلَ بِأَنْ يحْضُرَ بنفسِه ويُجِيبَ، فَلا يَسْقُطُ حَقُّ الخَصْمِ في مُطالبةِ الخَصْمِ بالجوابِ بِنفسِه.

وقالَ علاءُ الدِّينِ العالم في «طريقة الخلاف»: «التَّوْكِيلُ بِغيرِ رِضا الخَصْمِ لا يقعُ لازمًا، وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ والشَّافِعِيُّ: يقعُ لازمًا»[1].

وهذا الَّذي ذكَروهُ خلافُ ما يُفْهَمُ مِن ظواهِرِ أَلْفاظِ محمَّدِ بنِ الحسَنِ، والحسَنِ بنِ زِيادٍ، والطَّحَاوِيِّ وغَيرِهم منَ الكبارِ رحمهم الله.

أَلَا تَرىٰ إِلىٰ ما قالَ محمدُ بنُ الحسَنِ في **«الأصل»**: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بالخُصُومَةِ في دعْوىٰ يدَّعِيها، وهوَ مُقيمٌ بِالبلدِ؛ فإنَّه لا يقْبَلُ منهُ ذلِكَ إلَّا برضًا مِن خَصْمِه إلَّا أنْ يكونَ مَريضًا، وإنْ كانَ غائبًا: فلا يُقْبَلُ وَكِيلًا إلَّا أن تكونَ غَيْبَتُه مَسيرةَ ثلاثةِ أيَّامٍ فَصاعدًا، فيُقْبَلُ منهُ الوَكَالَةُ، وهذا قولُ أَبي حَنِيفَةَ، وكذلِكَ المرأةُ والرَّجُلُ في ذلِكَ سَواءٌ.

وقالَ أَبو يوسُفَ ومحمَّدٌ: يُقْبَلُ في جَميعِ ذلِكَ مِن الحاضِرِ والغائِبِ مِن عِلَّةٍ وغيرِ عِلَّةٍ، وكذلِكَ الرَّجُلُ والمرأةُ في ذلِكَ سواءٌ.

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: أقبَلُ ذلك كلَّه في الوَكَالَةِ وإنْ سَخِطَ الخَصْمُ»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في **«الأصل»**.

وقالَ الحسنُ بنُ زيادٍ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ«المجرَّد»: «قالَ أَبو حَنِيفَةَ في رَجُلٍ

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤١٥].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٠٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَلَهُ أَنَّ الْجَوَابَ مُسْتَحَقٌّ عَلَى الْخَصْمِ وَلِهَذَا يَسْتَحْضِرُهُ، وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ

أرادَ أنْ يُخاصِمَ رَجُلًا في حقٍّ في مالٍ، أوْ في دارٍ، فأرادَ أنْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا؛ أنَّه لا ينبَغي لِلقاضي أنْ يقبَلَ منهُ وَكِيلًا وهوَ حاضرٌ إلَّا أنْ يكونَ غائبًا، أوْ مَريضًا، فيَقبَلُ منهُ وَكَالَةَ الوَكِيلِ الَّذي وكَّلَه في ذلِكَ.

وكذلكَ المرأةُ إذا كانَ بينَها وبينَ رَجُلٍ خُصُومَةٌ، وهيَ طالبةٌ، أوْ مطلوبةٌ، فَلا ينبَغي له أنْ [٢/٢٨٥ظ] يقبَلَ منها وَكِيلًا إلَّا أنْ تحْضُرَ بنفسِها، أوْ تكونَ مريضةً، أوْ غائبةً [٦/٤ظ/م]، أوْ يكونَ القاضي [يَقْضِي][(١)] بينَ النَّاسِ في المسجِدِ، وهي معتلَّةٌ مِنَ الحَيْضِ، فيُقْبَلُ منْها وَكِيلٌ». إلى هنا لفْظُ كتابِ «المجرَّد».

وقالَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»: «وقالَ أبو حَنِيفَةَ: لا أقْبَلُ وَكَالَةً مِن حاضرٍ صحيحٍ إلَّا أنْ يرضَى خصْمُه بذلِكَ، فإنْ كانَ رَجُلٌ يُريدُ سفرًا؛ قبِلْتُ وكالتَه، وكذلِكَ إنْ كانَ مَريضًا لا يَقْدِرُ على حُضورِ المجلِسِ ـ أعْني: مجلسَ القاضي ـ معَ خَصْمِه قبِلْتُ وكالتَه، وقالَ أبو يوسُف: أقْبَلُ وَكَالَةَ الحاضِرِ الصَّحيحِ، وإنْ لَمْ يرْضَ خَصْمُه؛ لأنَّ هذا أرفَقُ بِالنَّاسِ»[(٢)]. إلى هنا لفْظُ الخَصَّافِ. ولَمْ يذْكرْ قولَ محمَّدٍ.

وقالَ الشَّيخُ أبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «وليسَ لَه أنْ يُوَكِّلَ في خُصُومَةٍ لنفسِه، ولا في خُصُومَةٍ فيما يُطالِبُه به غيرُه إلَّا برِضا مَن يُخاصِمُه بذلِكَ، إلَّا أنْ يكونَ مَريضًا لا يستطيعُ الحضورَ للخُصُومَةِ، أوْ يكونَ غائبًا على مسيرةِ ثلاثةِ أيَّامٍ ولياليها، فإذا كانَ كذلِكَ؛ قُبِلَتِ الوَكَالَةُ منهُ في هذا، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ، وسواءٌ عندَه في ذلكَ الرِّجالُ والنِّساءُ. وأمَّا أبو يوسُف ومحمَّدٌ فيقولانِ: الوَكَالَةُ في ذلكَ جائزةٌ مِنَ النَّاسِ جميعًا، رَضِيَ الخَصْمُ أمْ لَمْ يَرْضَ»[(٣)]. إلى هنا لفْظُ الطَّحَاوِيِّ ﵀.

---

(١) ما بين المعقوفتين: سقط من «م».

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/٤٣٧].

(٣) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٠٨].

فِي الْخُصُومَةِ، فَلَوْ [٥٨/ظ] قُلْنَا بِلُزُومِهِ يَتَضَرَّرُ بِهِ فَيَتَوَقَّفُ عَلَىٰ رِضَاهُ كَالْعَبْدِ

غاية البيان

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيّ»: «التَّوْكِيلُ في الخُصُومَةِ عندَ أَبِي حَنِيفَةَ لا يجوزُ إلَّا برِضا الخَصْمِ، سواءٌ كانَ وَكِيلَ المُدَّعِي أوْ وَكِيلَ المُدَّعَىٰ عليهِ، إلَّا مِن عُذْرٍ، والعذْرُ: سفرٌ أوْ مَرَضٌ، ويستَوِي عندَه إنْ كانَ المُوَكِّلُ رَجُلًا، أوِ امرأةً، بِكْرًا كانتْ أوْ ثيِّبًا، وقالَ صاحِباهُ: تُقْبَلُ الوَكَالَةُ مِن الرِّجالِ والنِّساءِ جميعًا في جَميعِ الأَحوالِ».

ثمَّ قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: تُقْبَلُ مِنَ البِكْرِ، ولا تُقْبَلُ مِنَ الثَّيِّبِ ولا مِنَ الرَّجُلِ»[1].

وقالَ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ في «مختصره»: «الوَكَالَةُ في الخُصُومَةِ جائزةٌ في جَميعِ الحُقُوقِ الَّتي يَجوزُ المطالَبةُ بِها، كانَ المُوَكِّلُ بذلكَ الطَّالبَ أوِ المطلوبَ في قولِ أبي يوسُف ومحمَّدٍ، وكذلِكَ قالَ أبو يوسُفَ، إلَّا في الحُدُودِ والقِصاصِ واللِّعَانِ؛ فإنَّه لَمْ يُجزِ الخُصُومَةَ في ذلِكَ.

وكانَ أبو حَنِيفَةَ لا يَقْبَلُ الوَكَالَةَ في الخُصُومَةِ مِن حاضرٍ في المِصْرِ صحيحٍ، فإنْ كانَ مريضًا في المِصْرِ، أوْ غائبًا عنه قَبِلَ وكالتَه [٦/٥و/م] في الخُصُومَةِ، قالَ مُعَلَّىٰ عَن أبي يوسُف عَن أبي حَنِيفَةَ: لا أَقْبَلُ الوَكَالَةَ في الخُصُومَةِ مِن رَجُلٍ، ولا امْرأةٍ بِكْرٍ وإنْ كانتْ شريفةً إلَّا مِن عُذْرِ مرضٍ أوْ غَيْبَةٍ، وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: ذلكَ جائزٌ، وإنْ كانَ المُوَكِّلُ حاضرًا غيرَ مريضٍ»[2]. إلىٰ هُنا لَفْظُ الكَرْخِيِّ.

وذكرَ شمسُ الأئمَّة البَيْهَقِيُّ في «الشامل» في قسْمِ «المبسوط»: «لا يَصحُّ التَّوْكِيلُ بغيرِ رِضا الخَصْمِ، وعندَهُما: يصحُّ، فإنْ كانَ مَرِيضًا أو مُسافرًا جازَ».

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٢٦١].
(٢) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/٤١٠].

الْمُشْتَرَكِ إذَا كَاتَبَهُ أَحَدُهُمَا يَتَخَيَّرُ الْآخَرُ، ....

وقالَ في «كفايته»[1]: «التَّوْكِيلُ بغيرِ رِضا الخَصْمِ ـ وإنْ كانتِ الموَكِّلةُ امرأةً شريفةً ـ؛ لا يجوزُ إلَّا مِن عُذْرِ مرضٍ أوْ غَيْبَةٍ عندَ أبي حَنِيفَةَ ، وعندَهُما: يجوزُ».

وقالَ في «المختلف» و«الحَصْر»: «التَّوْكِيلُ بغيرِ رِضا الخَصْمِ لا يصحُّ، وقالا: يصحُّ، وهوَ قولُ ابنِ أبي لَيْلَىٰ»[2].

وَقالَ الإمامُ النَّاصِحِيُّ في «تهذيب أدب القاضي» للخَصَّافِ: «قالَ أبو حَنِيفَةَ: لا أقْبَلُ وَكَالَةَ إلا برِضا الخَصْمِ، فإنْ أرادَ سفرًا أوْ كانَ مَريضًا لا يَقْدِرُ علىٰ حضورِ مجلسِ القاضي؛ قَبِلْتُ وكالته.

وقالَ أبو يوسُف: أقبَلُه علىٰ كلِّ حالٍ؛ لأنَّه أرفَقُ بالنَّاسِ، وقولُ محمَّدٍ مِثْلُ قولِ أَبي يوسُف».

وقالَ في «خلاصة الفتاوىٰ»: «التَّوْكِيلُ مِن غيرِ رِضا الخَصْمِ والمُوَكِّلُ صحيحٌ مقيمٌ لا يصحُّ، وعندَهما: يصحُّ. والفقيهُ أَبو اللَّيْثِ كانَ يُفْتِي بقولِهما.

وقالَ شمسُ الأئمَّة الحَلْوَانِيُّ في «أدب القاضي»: «المفتِي مُخَيَّرٌ [٢/٢٨٦و] في هذِه المسأَلةِ: إنْ شاءَ أَفتَىٰ بقولِ أَبي حَنِيفَةَ، وإنْ شاءَ أَفتَىٰ بقولِهما».

قالَ : «ونحنُ نُفْتِي أنَّ الرَّأْيَ إلىٰ القاضي، وأمَّا المريضُ والمسافِرُ يصحُّ توْكيلُهما، والبِكْرُ والثَّيِّبُ والمسلمُ والذِّمِّيُّ سواءٌ في هذا، وقالَ مشايخُنا في المُخَدَّرة[3]: يصحُّ مِن غيرِ رِضا الخَصْمِ[4].

(١) هو: «الكفاية في مختصر شرح القدوري» لشمس الأئمة إسماعيل بن الحسين البَيْهقيّ. (المتوفىٰ سنة: ٤٠٢هـ). وقد تقدم التعريف بذلك.

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٧٣٣/٤].

(٣) المُخَدَّرةُ: هي الملازمة للخِدْر ـ وهو السِّتر ـ بِكْرًا كانت أوْ ثَيِّبًا ولا يراها غير المَحارِمِ مِن الرجال، وإن خرجَتْ لحاجة. ينظر: «معجم لغة الفقهاء» [ص/٤١٥].

(٤) واختار قوله: المحبوبي والنسفي وصدر الشريعة وأبو الفضل الموصلي، ورجح دليله في كل=

....

غاية البيان

وفي «أدب القاضي» لشمسِ الأئمَّة الحَلْوَانِيِّ: «المرأةُ الَّتي تخْرُجُ في حوائِجِها ليستْ بمُخَدَّرةٍ»(١). إلىٰ هنا لفظُ «خلاصة الفتاوىٰ».

والظاهرُ مِن هذِه الرِّواياتِ: يدلُّ علىٰ نفْيِ جَوازِ التَّوْكِيلِ عِندَ أَبي حَنِيفَةَ بِلا رِضا الخَصْمِ إلَّا مِن عُذْرٍ.

وقالَ في «شرْح الأقطع»: «فأمَّا المرأةُ الَّتي لَمْ تَجْرِ عادتُها بالخروجِ، ولا حُضورِ مجلسِ الحُكْمِ، فكانَ الشَّيخُ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ يقولُ: يجوزُ لها أنْ تُوَكِّلَ؛ لأنَّها لَمْ تألَفْ خِطَابَ الرِّجالِ، فإذا حضرَتْ مجلسَ الحُكْمِ انقبَضَتْ، فلَمْ تنْطِقْ بحُجَّتِها، فلَحِقَها بذلِكَ ضَرَرٌ، فسَقَطَ [٦/٥ظ/م] عَنها الحضورُ، فجازَ لها أنْ تُوَكِّلَ»(٢).

ثمَّ قالَ: قالَ الشَّيخُ أبو بكرٍ: «وهذا شيءٌ استحْسَنَه المتأخِّرونَ مِنْ أَصْحابِنا، فأمَّا ظاهرُ الأصْلِ، فيَقتَضِي خلافَ ذلِكَ».

ثمَّ وَجْهُ قولِهما ظاهرٌ، وهوَ أنَّ التَّوْكِيلَ بِالخُصُومَةِ تصَرُّفٌ مِن المُوَكِّلِ في حقِّ نفسِه، فيصحُّ بِلا رِضا الخَصْمِ، كما لوْ وَكَّلَ في سائرِ حقوقِه مِن إيفاءِ الدَّيْنِ واستيفائِه، ولأنَّ عليًّا ﷺ وَكَّلَ عَقِيلًا بالخُصُومَةِ(٣)، ولَمْ يُنْقَلْ عنهُ استرضاءُ الخَصْمِ.

= صنف، أما قولاهما به أخذ أبو القاسم الصفار وأبو الليث، وفي «فتاوىٰ العتابي» أنه المختار، وفي «مختارات النوازل» لصاحب «الهداية»: والمختار في هذه المسألة أن القاضي إذا علم التعنت من الآبي يقبل توكيله من غير رضاه، وإذا علم أن الموكل قصد إضرار خصمه لا يقبل، اهـ. ومثله في قاضيخان عن شمس الأئمة السرخسي وشمس الأئمة الحلواني، وفي «الحقائق»: وإليه مال الأوزجندي، كذا في «التصحيح» ملخصًا. وفي «الدرر»: وعليه فتوىٰ المتأخرين. ينظر: «المبسوط» [٥/١٩]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٥٥]، «التصحيح والترجيح» [٢٧٢]، «فتح القدير» [٧/٥٠٧]، «درر الحكام» [٢/٢٨٢]، «فتح باب العناية» [٣/١٥٤]، «اللباب شرح الكتاب» [٢/١٣٨].

(١) ينظر: «خلاصة الفتاوىٰ» للبخاري [ق/٣٠٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٧].

(٣) مضىٰ تخريجه قريبًا.

. . . .

ولأَبي حَنِيفَةَ ﷺ: ما رَوَىٰ أصحابُنا في كُتُبِهم: في حديثِ أُمِّ سَلَمَةَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «إِذَا ابْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بِالقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي المَجْلِسِ وَالنَّظَرِ»(١).

وقالَ لعَليٍّ لَمَّا وَلَّاهُ القَضاءَ: «لَا تَقْضِ لأَحَدِ الخَصْمَيْنِ حَتَّىٰ تَسْمَعَ كَلَامَ الآخَرِ»(٢).

بيانُه: أنَّ القاضيَ لَمَّا كانَ مأمورًا بالتسْويةِ بينَ الخصومِ لَمْ يَجُزْ أنْ يَصُونَ أحدَ الخصْمَيْنِ، ويبْتَذِلَ الآخرَ، فلَمْ يَجُزِ التَّوْكِيلُ بالخُصُومَةِ بِلا رِضا الخَصْمِ، ولأنَّ الخُصُومَةَ حَقٌّ يختلِفُ باختِلافِ مَن يتوَلَّاهُ، فَلا يَجوزُ بغَيرِ رِضا الخَصْمِ كالحَوَالةِ بِالدَّيْنِ، ولأنَّ الجوابَ حَقٌّ للمُدَّعِي على المُدَّعَىٰ عليهِ على وَجْهٍ يُطلَبُ بطَلَبِه، ويُتْرَكُ بتَرْكِه، وهوَ الَّذي ينتَفِعُ به علىٰ الخصوصِ، وهذا آيةُ كونِه حقًّا للعبدِ، وفي التَّوْكِيلِ نقْلُ هذا الحقِّ إلىٰ الغيرِ علىٰ وَجْهٍ لا يَعْرَىٰ عن الضَّرَرِ بِصاحبِ الحقِّ؛ لأنَّ النّاسَ مُتفاوِتونَ في الخصوماتِ، وفي جوابِ الخُصوماتِ، فرُبَّ إنسانٍ يُصوِّرُ الباطِلَ بصورةِ الحقِّ، ورُبَّ إنسانٍ لا يُمْكِنُه تمْشِيةُ الحقِّ على وجْهِه، فيحْتملُ أنَّ الوَكِيلَ ممَّن لَه حِذْقٌ في الخصوماتِ، فيتضَرَّرُ بذلِكَ الخَصْمُ، فيُشْتَرَطُ رِضاهُ.

والدَّليلُ عَلىٰ تفاوُتِ النّاسِ في الخُصوماتِ: قولُ النَّبيِّ ﷺ: «إِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَلْحَنُ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ، فَلا يَأْخُذْ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنْ نَارٍ»(٣). ذكَرَه في «أدب القاضي» و«الأسرار» أيضًا.

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) مضىٰ تخريجه.

(٣) يأتي تخريجه.

بِخِلَافِ الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ ؛ لِأَنَّ الْجَوَابَ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ عَلَيْهِمَا هُنَالِكَ ، ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ مِنَ الْمُسَافِرِ ؛ يَلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ ؛ لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ ،

غاية البيان

وحدَّث مالكٌ في كتاب الأقضية مِن «الموطأ»: عَنْ هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ: أَنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ ، وَإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيَّ ، فَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلْحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ ، فَأَقْضِيَ لَهُ عَلَى نَحْوِ مَا أَسْمَعُ ، فَمَنْ قَضَيْتُ لَهُ بِشَيْءٍ مِنْ حَقِّ أَخِيهِ ؛ فَلا يَأْخُذَنَّ مِنْهُ شَيْئًا ، فَإِنَّمَا أَقْطَعُ لَهُ قِطْعَةً مِنَ النَّارِ»(١).

قولُه: (بِخِلَافِ الْمَرِيضِ وَالْمُسَافِرِ) ، متَّصلٌ بقولِه: (إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مَرِيضًا [٦/٦٦و/م] أَوْ غَائِبًا) ، يعني: يجوزُ التَّوْكِيلُ حينئذٍ بِلا رِضا الخَصْمِ ؛ لعدمِ وُجوبِ الجوابِ عليهِما لعَجْزِهما ، أحدُهما [٢/٢٨٦ط] بالمرضِ ، والآخرُ بالغَيْبةِ ، وهذا لأنَّ الجوابَ لَو لَمْ يسقُطْ عنهُما لزِمَ الحرَجُ ، قالَ تَعالىٰ: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨].

قولُه: (ثُمَّ كَمَا يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ عِنْدَهُ مِنَ الْمُسَافِرِ ؛ يَلْزَمُ إِذَا أَرَادَ السَّفَرَ ؛ لِتَحَقُّقِ الضَّرُورَةِ).

قالَ قاضي خان في «فتاواه»: «لكِن لا يُصَدَّقُ أنَّه يُرِيدُ السفرَ ، والقاضي ينْظرُ إلىٰ عُدَّةِ سفَرِه ، ويسألُ عمَّنْ يُرِيدُ أنْ يخْرُجَ معَه ، فيسألُه عَن رُفَقائِه ، كما في فَسْخِ الإجَارَةِ» ، يعني: إذا أرادَ المُسْتأْجِرُ فَسْخَها بعُذْرِ السَّفرِ ، فبمجرَّدِ قولِه: أُرِيدُ

(١) أخرجه: مالك في «الموطأ/ رواية: أبي مصعب الزهري» [٢/٤٥٩] ، والبخاري في كتاب الحيل/ باب إذا غصب جارية فزعم أنها ماتت ، فقضي بقيمة الجارية الميتة ، ثم وجدها صاحبها ؛ فهي له ، ويرد القيمة ، ولا تكون القيمة ثمنًا [رقم/٦٥٦٦] ، ومسلم في «صحيحه» في كتاب الأقضية/ باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة [رقم/١٧١٣] ، وغيرهم من طريق: هِشَامِ بْنِ عُرْوَةَ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ زَيْنَبَ بِنْتِ أَبِي سَلَمَةَ ، عَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ﵂.

وَلَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مُخَدَّرَةً لَمْ تَجْرِ عَادَتُهَا بِالْبُرُوزِ وَحُضُورِ مَجْلِسِ الْحُكْمِ قَالَ الرَّازِيُّ: يَلْزَمُ التَّوْكِيلُ لِأَنَّهَا لَوْ حَضَرَتْ لَا يُمْكِنُهَا أَنْ تَنْطِقَ بِحَقِّهَا لِحَيَائِهَا فَيَلْزَمُ تَوْكِيلُهَا.

قال رحمه الله: وَهُوَ شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ.

السفرَ؛ لا يَثبُتُ العُذْرُ إذا لَمْ يُصدِّقْه الآخرُ، لكِن يسألُه فيقولُ له القاضي: معَ مَنْ تُريدُ الخروجَ؟ ثمَّ يسألُ رُفْقتَه، فإنْ قالوا: نعَمْ. تَحقَّقَ العذْرُ، وهوَ السَّفرُ في فَسْخِ الإِجَارَةِ، فكذا هُنا[1]. كذا في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

قولُه: (قَالَ الرَّازِيُّ)، أرادَ بِه: أبا بكْرٍ الجَصَّاصَ، أحمدَ بنَ عَلِيٍّ الرَّازِيَّ، وهو صاحبُ التَّصانيفِ الكثيرةِ في الأُصولِ والفُروعِ و«**أحكامِ القرآنِ**»، وإليه انتهَتْ رياسةُ أصْحابِ أبي حَنِيفَةَ ببغْدادَ بعدَ الشَّيخِ أبي الحسنِ الكَرْخِيِّ، وكانتْ ولادتُه سَنَةَ خمسٍ وثلاثِ مئةٍ، وماتَ سَنَةَ سبعينَ وثلاثِ مئةٍ.

قولُه: (قَالَ: وَهُوَ شَيْءٌ اسْتَحْسَنَهُ الْمُتَأَخِّرُونَ)، أيْ: قالَ أبو بكْرٍ الرَّازِيُّ[2].

وفي كتاب الوَكَالَة بعلَامةِ السِّين[3] في «**واقِعات الصَّدر الشَّهيد**»: «امرأةٌ لا تخْرُجُ مِنَ البيتِ، فوكَّلَتْ وَكِيلًا بالخُصُومَةِ، فوجَبَتْ عليْها اليَمِينُ إنْ كانتْ ممَّنْ لا تُعْرَفُ بِالخروجِ مِن بيْتِها، ومخالَطةِ الرِّجالِ في الحوائِجِ، يبْعَثُ الحاكمُ إليْها ثلاثةً مِنَ العُدولِ يَسْتحلِفُها أحدُهُم، ويشْهَدُ الآخرانِ علىٰ يَمِينِها، أوْ نُكُولِها».

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٧٦].

(٢) وينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٢]، «الاختيار» [٢/١٥٧]، «البحر الرائق» [٧/١٤٤].

(٣) يعْني بـ: «علامة السين»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «فتاوىٰ أهل سمرقند». هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

قَالَ: وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ: أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ مِنْ جِهَةِ الْمُوَكِّلِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمُوَكِّلُ مَالِكًا لِيُمَلِّكَهُ مَنْ غَيْرَهُ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ: أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ، وَتَلْزَمُهُ الأَحْكَامُ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «والوَكِيلُ ممَّنْ يعْقِلُ العَقْدَ ويقْصِدُه»[1]، ثمَّ إنَّما شرطَ في الوَكَالَةِ أنْ يكونَ المُوَكِّلُ ممَّن يَمْلِكُ التصَرُّفَ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يستفيدُ التصَرُّفَ مِن المُوَكِّلِ، فإذا كانَ لا يَمْلِكُه[2] المُوَكِّلُ بنفسِه لا يَمْلِكُه الوَكِيلُ.

قيلَ: لا يَستقيمُ هذا الشَّرْطُ إلَّا على مذهَبِ أبي يوسُف ومحمَّدٍ؛ لأنَّه لوْ كانَ شرْطُ الوَكَالَةِ: أنْ يكونَ المُوَكِّلُ مالكًا للتصَرُّفِ على مذهبِ أبي حَنِيفَةَ؛ لَمْ يَجُزْ أنْ يُوكِّلَ المسلمُ الذِّمِّيَّ ببَيْعِ خَمْرٍ، أوْ شرائِها، وهو جائزٌ على مذْهبِ أبي حَنِيفَةَ، معَ أنَّ المسلمَ لا يَمْلِكُ التصَرُّفَ بنفسِه.

فَعُلِمَ: أنَّه ليسَ بشَرْطٍ [٦/١٠٦ظ/م] على مذهبِه، بلِ الشَّرْطُ عندَه: أنْ يكونَ الوَكِيلُ مالكًا لذلِكَ التصَرُّفِ الَّذي وُكِّلَ بِه.

ولِهذا لوْ قالا: كلُّ عَقْدٍ لا يَجوزُ لِلمُوَكِّلِ أنْ يُباشِرَه بنفسِه لا يَجوزُ لِلوَكِيلِ أن يُباشِرَه لَه، كما لَو وكَّلَه بِبَيْعِ الدَّمِ والمَيْتَةِ.

قُلنا: ينتَقِضُ هذا الكُلِّيُّ بعَقْدِ الصَّرْفِ، فإنَّه لا يجوزُ للمُوَكِّلِ أنْ يُباشِرَه بنفسِه إذا كانَ غائبًا، ويجوزُ للوَكِيلِ أنْ يتوَلَّاه، وكذلكَ الحاكمُ لا يَجوزُ أن يحْكُمَ لِنفسِه، ويجوزُ أنْ يحْكُمَ له غيرُه.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٥].

(٢) وقع بالأصل: «لا يَمْلِك». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ الْوَكِيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ الْعَقْدَ وَيَقْصِدُهُ لِأَنَّهُ يَقُومُ مَقَامَ الْمُوَكِّلِ فِي الْعِبَارَةِ فَيُشْتَرَطُ أَنْ يَكُونَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ حَتَّىٰ لَوْ كَانَ صَبِيًّا لَا يَعْقِلُ أَوْ مَجْنُونًا كَانَ التَّوْكِيلُ بَاطِلًا.

غاية البيان

والقياسُ علىٰ الدَّمِ والمَيْتَةِ ضَعيفٌ؛ لأنَّ أَهلَ الذِّمَّةِ لا يعْتقِدونَه مالًا، فَلا يَمْلِكُ الوَكِيل تصرُّفَه، بخلافِ الفرعِ؛ فإنَّه عندَهم مالٌ.

قُلْتُ: هذا الشَّرْطُ الَّذي شرَطَه القُدُورِيُّ يَستقيمُ عَلىٰ مذْهبِ الكُلِّ؛ وإنَّما خَصَّ هذا القائلُ الاستقامةَ علىٰ مذهبِهما؛ لأنَّه لَمْ يُدْرِكْ كُنْهَ كلامِ القُدُورِيِّ؛ إذْ مَضْمُونُ كلامِه: أنَّ الوَكَالَةَ لَها شرْطٌ في المُوَكِّلِ، وشرْطٌ في الوَكِيلِ.

فالأوَّلُ: أن يكونَ المُوَكِّلُ ممَّنْ يَمْلِكُ التصرُّفَ ويلزمُه الأحكامُ.

والثَّاني: أن يكونَ الوَكِيلُ ممَّن يعقلُ البَيْعَ ويَقصدُه.

ومعْنىٰ [٢/٢٨٧و] **قولِه: (أَنْ يَكُونَ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ)**، أن يَكونَ لَه ولايةٌ شرعًا في جنسِ التصرُّفِ بأهْليَّةِ نفسِه، بأنْ يكونَ عاقِلًا بالِغًا علىٰ وَجْهٍ يلزمُه حُكْمُ التصرُّفِ، وهذا المعْنىٰ حاصلٌ في تَوْكِيلِ المسلِمِ الذِّمِّيَّ في الخَمْرِ والخِنْزِيرِ بيْعًا أوْ شِراءً؛ لأنَّ المسلمَ المُوَكِّلَ عاقلٌ بالغٌ لَه ولايةٌ شرعًا في جنسِ التَّصرُّفِ، لا في كلِّ الأفرادِ علىٰ وَجْهٍ يلزمُه حُكْمُ التصرُّفِ فيما تصرَّفَ بولايتِه.

والشَّرْطُ الآخَرُ ـ وهوَ أنْ يعْقِلَ البَيْعَ ويقْصِدَه ـ: حاصلٌ في الوَكِيلِ أيضًا، وهوَ الذِّمِّيُّ؛ لأنَّه يعْقِلُ معْنىٰ البيعِ والشِّراءِ، ويقْصِدُه، فصحَّ الشَّرْطُ إذَنْ علىٰ مذهَبِ الكُلِّ، والحمدُ للهِ الَّذِي هَدانا لهذا وما كنَّا لنهْتَدِيَ لولا أنْ هَدانا اللهُ.

وإنَّما شرطَ أنْ يكونَ المُوَكِّلُ ممَّنْ تلْزَمُه الأحكامُ: احترازًا عنِ الوَكِيلِ إذا وَكَّلَ غيرَه، حيثُ لا يصحُّ توكيلُه بِما وُكِّلَ بِهِ إلَّا إذا أطلقَ لَه المُوَكِّلُ أوْ يُجيزُ ذلكَ، أوْ فعَلَ وَكِيلُ الوَكِيلِ بحَضْرةِ مُوَكِّلِه؛ لأنَّ حكمَ العَقْدِ ـ وهوَ المِلْكُ ـ لا يلزَمُ

وَإِذَا وَكَّلَ الحُرُّ البَالِغُ، أَوِ المَأْذُونُ مِثْلَهُمَا؛ جَازَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ مَالِكٌ لِلتَّصَرُّفِ وَالْوَكِيلَ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ.

غاية البيان

الوَكِيلَ، بلْ يلزمُ المُوَكِّلَ، ولِهذا لا يَمْلِكُ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ المَبِيعَ، ولا يَمْلِكُ الوَكِيلُ بالبَيْعِ الثَّمَنَ.

وقيلَ: هذا احترازٌ عنِ الصَّبِيِّ المَحْجُورِ، والعبدِ المَحْجُورِ، فإنَّهما إذا اشترَيا شيئًا لا يَمْلِكانِه، فَلا يصحُّ توكيلُهما أيضًا، وهذا هوَ **الأصحُّ** مِنَ الأوَّلِ.

وإنَّما شرطَ أنْ يعْقِلَ العَقْدَ؛ بأنْ يعْرِفَ أنَّ البَيْعَ سالبٌ للمِلْكِ والشِّرَاءُ جالِبٌ، وعرَفَ الغَبْنَ اليسيرَ [٦/٧٥/م] مِنَ الفاحشِ؛ لأنَّه إذا لَمْ يَعْقِلْ ذلِكَ، كالصَّبِيِّ الَّذي لا يَعْقِلُ، والمَجْنُونِ الَّذي لا يَعْقِلُ لا تصحُّ وكالتُهما؛ إذْ لا يتعلَّقُ بقولِهما حُكْمٌ، وليسَ لهما قولٌ صحيحٌ.

وإنَّما شرطَ أنْ يقْصِدَ العَقْدَ: احترازًا عن الهزْلِ، يعْني: أنَّ مِن شَرْطِ الوَكَالَةِ: أنْ يَهْزِلَ الوَكِيلُ في البَيْعِ والشِّرَاءِ.

قولُه: (وَإِذَا وَكَّلَ الحُرُّ البَالِغُ، أَوِ المَأْذُونُ مِثْلَهُمَا؛ جَازَ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «**مختصره**»[1]، وكانَ ينبَغي أنْ يُقَيِّدَ بِالعاقِلِ أيضًا؛ لأنَّ المَجْنُونَ إذا وَكَّلَ غيرَه؛ لا يصحُّ، وكأنَّه إنَّما لَمْ يُقَيِّدْ بذلك بِناءً على الغالبِ؛ لأنَّ غالبَ أحْوالِ الحُرِّ البالغِ أنْ يكونَ عاقلًا، وكونُه مجنونًا نادرٌ.

وإنَّما أطلقَ المَأْذُونَ: حتَّى يشْمَلَ العبدَ والصَّبِيَّ الَّذي يَعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ إذا كانَ مَأْذونًا لَه في التِّجَارَةِ؛ لأنَّ تَوْكِيلَ الصَّبِيِّ المَأْذونِ غيرَه جائزٌ، كسائِرِ تَصرُّفاتِه، بِخلافِ ما إذا كانَ الصَّبِيُّ محجورًا، حيثُ لا يجوزُ لَه أن يُوَكِّلَ غيرَهُ.

وإنَّما جازَ تَوْكِيلُ الحُرِّ العاقلِ البالغِ، وتَوْكِيلُ المَأْذُونِ؛ لوجودِ شَرْطِ الوَكَالَةِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١١٥].

وَإِنْ وَكَّلَ صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ، أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا؛ جَازَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ، وَيَتَعَلَّقُ بِمُوَكِّلِهِمَا؛ لِأَنَّ الصَّبِيَّ مِنْ أَهْلِ الْعِبَارَةِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ بِإِذْنِ وَلِيِّهِ، وَالْعَبْدَ مِنْ أَهْلِ التَّصَرُّفِ عَلَىٰ نَفْسِهِ مَالِكٌ لَهُ وَإِنَّمَا لَا يَمْلِكُهُ فِي حَقِّ الْمَوْلَىٰ، وَالتَّوْكِيلُ لَيْسَ تَصَرُّفًا فِي حَقِّهِ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُمَا الْتِزَامُ الْعُهْدَةِ.

غاية البيان

وهوَ أنْ يكونَ المُوَكِّلُ مالكًا للتصرُّفِ بولايةٍ شرعيَّةٍ، والوَكِيلُ ممَّنْ يَعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ ويَقْصِدُه، فإذا وُجِدَ الشَّرْطُ والمانعُ منتفٍ؛ تحقَّقَ الحُكْمُ، وهوَ صحَّةُ الوَكَالَةِ، وكذلِكَ يَجوزُ لِلوصِيِّ(١) أن يُوَكِّلَ.

ولِهذا قالَ في «الشامل» في قسم «المبسوط»: «للوصِيِّ أنْ يُوكِّلَ؛ لأنَّه يتصَرَّفُ بالولايةِ كالأبِ».

قولُه: (وَإِنْ وَكَّلَ صَبِيًّا مَحْجُورًا يَعْقِلُ البَيْعَ وَالشِّرَاءَ، أَوْ عَبْدًا مَحْجُورًا؛ جَازَ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِمَا الحُقُوقُ، وَيَتَعَلَّقُ بِمُوَكِّلِهِمَا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(٢).

قالَ في «شرح الأقطع»(٣): «قالَ الشَّافِعِيُّ: لا يجوزُ تَوْكِيلُ الصَّبِيِّ(٤)».

وَجْهُ قولِه: أنَّه غيرُ مُكَلَّفٍ، فصارَ كَالمَجْنُونِ.

ولَنا: أنَّهما مِن أهلِ العبارةِ؛ لأنَّ كلامَهما يُنْبِئُ عَن مَعْنًى مفهومٍ، فصحَّ توكيلُهما كالبالغِ، والمَجْنُونُ ليسَ كذلِكَ؛ لأنَّه لا يَقْصِدُ البَيْعَ، فصارَ كالهازِلِ، فلَمْ ينعقدْ بَيْعُه.

---

(١) في «غ»، و«م»: «للصبي».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٥].
(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٧].
(٤) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢١١]، و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٢٩٩]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّميري [٥/٢٧].

أَمَّا الصَّبِيُّ لِقُصُورِ أَهْلِيَّتِهِ وَالْعَبْدُ لِحَقِّ سَيِّدِهِ فَتَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ.

وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الْمُشْتَرِيَ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ بِحَالِ الْبَائِعِ ثُمَّ عَلِمَ أَنَّهُ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ لَهُ خِيَارُ الْفَسْخِ لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْعَقْدِ عَلَى أَنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالْعَاقِدِ، فَإِذَا ظَهَرَ خِلَافُهُ يَتَخَيَّرُ كَمَا إِذَا عَثَرَ عَلَى عَيْبٍ.

غاية البيان

وفي اعتبارِ عبارةِ الصَّبيِّ نفعٌ محضٌ له، فصحَّ، كاحْتِطابِه واحْتِشاشِه، وهذا لأنَّ الآدميَّ [٢/٢٨٧ط] يمتازُ مِن سائرِ الحيواناتِ بالنطقِ، فيُعْتَبَرُ كلامُه؛ كَيْلَا يلزمَ إلحاقُه بالبَهيمةِ، والعبدُ مالكٌ للتَّصرُّفِ على نفسِه؛ لكونِه مكلَّفًا، إلَّا أنَّه لا يَمْلِكُ التَّصرُّفَ في حقِّ مَوْلاهُ؛ كَيْلَا يلزمَ الضَّررُ به، ولهذا لا تَلْحَقُه العهدةُ لحقِّ المَوْلَى، وكذا لا تَلْحَقُ العهدةُ الصَّبيَّ؛ لأنَّه ليسَ بأهلٍ للضَّررِ؛ لقصورِ ولايتِه بعدَمِ البُلُوغِ.

فإذا جازَ توكيلُهما [٦/٥٧ط/م]، ولَمْ تَلْحَقِ العهدةُ بهما؛ لَحِقَتِ العهدةُ بمُوَكِّلِهما؛ لأنَّه أقربُ النَّاسِ إليهما، حيثُ انتفَعَ بتصرُّفِهما.

قالَ في «شرح الأقطع»: «ورُوِيَ عَن أبي يوسُفَ: أنَّ المُشْتَرِيَ إنْ علِمَ أنَّ بائعَه صبيٌّ، أوْ مَحْجُورٌ عليه؛ لَمْ تتَعَلَّقِ الحُقُوقُ به، وإنْ لَمْ يعْلَمْ ثمَّ علِمَ ثَبتَ الخِيَارُ له؛ لأنَّه إذا لَمْ يعْلَمْ؛ فالظَّاهِرُ أنَّه دخَلَ في العَقْدِ على أنَّ حقوقَه تتَعَلَّقُ بالعاقِدِ، وإذا لَمْ يكُن كذلِكَ؛ صارَ بمنزلةِ العَيْبِ، فيَثْبُتُ لَه الخِيَارِ»(١).

وقالَ في «خلاصة الفتاوى»: «الوَكِيلُ بالبَيْعِ إذا كانَ صبيًّا، إنْ كانَ مأذونًا؛ فالعهدةُ عليْهِ استِحْسانًا، وإنْ كانَ مَحجورًا؛ فعلى الآمِرِ، وكذلِكَ في العَبدِ المَحْجُورِ»(٢).

قولُه: (كَمَا إذَا عَثَرَ عَلَى عَيْبٍ)، والجامِعُ: عدمُ الرِّضا.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٨].
(٢) ينظر: «خلاصة الفتاوى» للبخاري [ق/٣٠٤].

قَالَ: وَالعُقُودُ الَّتِي يَعْقِدُهَا الوُكَلَاءُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إِلَىٰ نَفْسِهِ، كَالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ؛ فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَالعُقُودُ الَّتِي يَعْقِدُهَا الوُكَلَاءُ عَلَىٰ ضَرْبَيْنِ: كُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ الوَكِيلُ إِلَىٰ نَفْسِهِ، كَالبَيْعِ وَالإِجَارَةِ؛ فَحُقُوقُهُ تَتَعَلَّقُ بِالوَكِيلِ دُونَ المُوَكِّلِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فيُسَلِّمُ المَبِيعَ، ويَقْبِضُ الثَّمَنَ، ويُطالِبُ بالثَّمَنِ إذا اشْتَرَىٰ، ويَقْبِضُ المَبِيعَ، ويُخاصِمُ في العَيْبِ»[1].

وقالَ في بعضِ نُسَخِه: «والعَقْدُ الَّذي يعْقِدُه»[2]، أيْ: جنسُ العَقْدِ.

وقالَ في «شرْح الأقطع»[3]: «قالَ الشَّافِعِيُّ: الحُقُوقُ تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ[4]».

وَجْهُ قولِه: أنَّ حُكْمَ العَقْدِ ـ وهوَ المِلْكُ ـ يقَعُ للمُوَكِّلِ، فكذا ما كانَ حقًّا للمِلْكِ؛ لأنَّ حقَّ المِلْكِ تبعًا للمِلْكِ، فصارَ الوَكِيلُ في البِيَاعَاتِ، كَالوَكِيلِ في النِّكَاحِ، وكالرَّسولِ.

ولنا: أنَّ الوَكِيلَ هُو العَاقِد، وقدْ أَضافَ العَقْدَ إلىٰ نفسِه، وهوَ ممَّن يَلزَمُه الضَّمانُ بعَقْدِه؛ لأنَّه حُرٌّ مُكَلَّفٌ، فَتَعَلَّقَتِ الحُقُوقُ بِه، والعهدةُ عليْه كالعاقِدِ لنفسِه، ولا يلزمُ الصَّبِيَّ المَحْجُورَ، والعبدَ المَحْجُورَ إذا صارا وكيلَيْنِ، حيثُ لا يلزمُهما

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١١٥].

(٢) لَمْ نظْفَر بهذا الاختلاف في شيءٍ مِن نُسَخ: «مختصر القُدُوريّ» التي بين أيدينا، ولا وجَدْناه في شُروح: خُوَاهَرْ زَادَه، والزَّاهِدِيّ، وأبي نصْر الأقطع، والكادُوريّ، وبهاء الدِّين الأَسْبِيجَابِيّ، وكلها مخطوطة، ولا في: «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُوريّ» للحدَّادِيّ [١/٢٩٩]، و«اللباب في شرْح الكتاب» للميدانيّ [٢/١٤٠]، ولا في: «خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُوريّ» لحسام الدين الرازِيّ [١/٤٩٢].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٨].

(٤) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٢٢]. و«روضة الطالبين» للنووي [٤/٣٢٧]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٥/٦٠].

وَقَالَ الشَّافِعِيُّ: تَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّ الْحُقُوقَ تَابِعَةٌ لِحُكْمِ التَّصَرُّفِ،

العهدةُ دفعًا للضَّرَرِ، كما بَيَّنَّا قبلَ هذا، ولا يلزمُ القاضي وأمِينَه أيضًا؛ لأنَّ إيجابَ الضَّمَانِ عليْهِما يُنَافِي القَضَاءَ؛ لأنَّه يَصيرُ خصْمًا، فَلا يَصِحُّ قَضاءُ الخَصْمِ.

وأوْرَدَ الشيخُ أبو نصْرِ البَغْدَادِيُّ في هذا المقامِ سُؤالًا وجوابًا فقالَ:

«فإنْ قيلَ: الثَّمَنُ حَقٌّ للمُوَكِّلِ، يجوزُ لوكِيلِه المطالبةُ بِه، فجازَ للمُوَكِّلِ أنْ يُطالبَ بِه، أصْلُه: سائرُ الحُقُوقِ.

قيلَ: لَا نُسَلِّمُ أنَّ الثَّمَنَ حَقٌّ للمُوَكِّلِ، بلْ هوَ للوَكِيلِ، يتَعَيَّنُ به حقُّ المُوَكِّلِ، ولهذا تجوزُ البَرَاءَةُ منهُ، ولأنَّ الوَكِيلَ لا يُطالِبُ بِالثَّمَنِ بمُقْتَضَى الوَكَالَةِ، وإنَّما لَه المطالبةُ عندَنا بحُكْمِ عَقْدِه، ولهذا لوْ عزَلَه المُوَكِّلُ عَن المطالَبةِ لَمْ ينعَزِلْ، وسائرُ الحُقُوقِ بِخِلافِ ذلِكَ»[(١)].

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «حقُّ القَبْضِ في البَيْعِ للوَكِيلِ، ولوْ قبَضَ المُوَكِّلُ صحَّ. وقالَ: هذا في غيرِ الصَّرْفِ، أمَّا في الصَّرْفِ: فَلا [٦/٨٠و/م] يجوزُ قبْضُ المُوَكِّلِ؛ لأنَّه بمنزلةِ الإِيجَابِ والقبولِ». ونقَلَه عَن آخرِ صَرْفِ «الكافي» مِن شرْحِ الصدر الشَّهيد.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» أيضًا: «الوَكِيلُ ما دام حَيًّا وإنْ كانَ غائبًا؛ لا تنتَقِلُ الحُقُوقُ إلىٰ المُوَكِّلِ»[(٢)].

وقالَ أيضًا: «ذكرَ الفَضْلِيُّ: أنَّ الوَكِيلَ بالبَيْعِ إذا ماتَ عَن وَصِيٍّ؛ فالحقوقُ تنتَقِلُ إلىٰ وَصِيِّه دونَ المُوَكِّلِ، ولوْ ماتَ ولَمْ يُوصِ يُرْفَعُ الأمرُ إلىٰ القاضي لينْصِبَ وصِيًّا، وهوَ [٢/٢٨٨و] قولُ بعضِ مَشايخِنا، وقالَ بعضُهمْ: ينتَقِلُ إلىٰ مُوَكِّلِه ولايةُ

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٨].
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٥٨].

وَالْحُكْمُ وَهُوَ الْمِلْكُ يَتَعَلَّقُ بِالْمُوَكِّلِ، ....

قَبْضِ الثَّمَنِ»[1]. ونقَلَه عَن آخِرِ البابِ الأوَّلِ مِن شهاداتِ «**الجامع**».

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ المشايخَ اختلَفوا في: أنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ للوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ ثمَّ يَنْتَقِلُ منهُ إلىٰ المُوَكِّلِ، أوْ يَثْبُتُ للمُوَكِّلِ ابتداءً؟

قالَ الشيخُ أبو الحسَنِ الكَرْخِيُّ ومَن تابَعَه بالأوَّلِ، وإليْه ذهبَ بعضُ أصْحابِنا، وهوَ اخْتِيارُ قاضي خان. كذا في «**التحرير**»[2].

وقالَ أَبو طاهِرٍ الدَّبَّاسُ بِالثّاني، وهوَ مذْهبُ جَماعةٍ مِن أصْحابِنا، قالوا: إنَّ المِلْكَ يَثْبُتُ للمُوَكِّلِ ابتداءً، والسببُ انعقَد مُوجبًا حُكْمه للوَكِيلِ، إلَّا أنَّ المُوَكِّلَ قامَ مَقامَه في ثُبوتِ المِلْكِ لَه بالتَّوكيلِ السَّابقِ، فيَثْبُتُ للمُوَكِّلِ علىٰ وَجْهِ الخلافةِ عنِ الوَكِيلِ، كالعبدِ يَقْبَلُ الهِبَةَ والصَّدَقَةَ ويصْطادُ، فيَقَعُ المِلْكُ فيه لمولاهُ علىٰ وَجْه الخلافةِ. وإليهِ ذهَبَ صاحبُ «**الهداية**» بقولِه: (**هُوَ الصَّحِيحُ**)[3].

قالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «قالَ[4] شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ: قولُ أبي طاهرٍ **أصحُّ**»[5].

---

(١) ينظر: السابق.

(٢) لعله يعني به: «التحرير في شرح الجامع الكبير» لجمال الدين أبي المحامد محمود بن أحمد بن عبد السيد الفقيه الحَنَفِيّ المعروف بالحَصِيري. (المتوفىٰ سنة: ٦٣٦هـ). ينظر: «هدية العارفين» للبغدادي [٤٠٥/٢].

(٣) قال ابن الهمام: وإنما قال هو الصحيح؛ لأن الوكيل إذا اشترىٰ منكوحته أو قريبه لا يفسد النكاح ولا يعتق عليه، ولو لم يثبت له الملك لما كان كذلك. ينظر: «فتح القدير» لابن الهمام [١٧/٨].

(٤) الذي في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: والثاني شمس الأئمة السرخسي؛ وقول أبي طاهر أصح. ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٩].

(٥) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٩]. وهو مختار ابن الهمام كما في «فتح القدير» [١٧/٨]، «الجوهرة النيرة علىٰ مختصر القدوري» [٣٠٠/١].

....

وقولُ الشَّافِعِيِّ كقولِ أبي طاهرٍ. كذا في «**شرح الأقطع**»[١].

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ذكرَ الصدرُ الشّهيد: أنَّ القاضيَ أبا زيدٍ خالَفهما فقالَ: الوَكِيلُ نائبٌ في حقِّ الحُكْمِ، أصيلٌ في حقِّ الحُقُوقِ، فإنَّ الحُقُوقَ تَثْبُتُ لَه، ثمَّ تنتَقِلُ إلىٰ المُوَكِّلِ مِن قِبَلِه، فوافَقَ أبا الحسنِ في حقِّ الحُقُوقِ، ووافقَ أبا[٢] طاهرٍ في حقِّ الحُكْمِ، وهذا حسَنٌ»[٣].

وَجْهُ قَولِ أَبي طاهرٍ: أنَّ الوَكِيلَ إذا اشْتَرَىٰ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منهُ؛ لَمْ يَعْتِقْ عليْهِ، فلوْ ثَبَتَ المِلْكُ لَه لعتَقَ.

ووَجْهُ قولِ أَبي الحسَنِ: أنَّ الوَكِيلَ إذا خالَفَ لزِمَه المُشْتَرَىٰ، فلوْ لَمْ ينتَقِلِ المِلْكُ إليْه لَمْ يلزمْه بالمخالفةِ، كما لا يلزمُ الوَكِيلَ بِالنِّكَاحِ إذا خالَفَ، دلَّ علىٰ انتِقالِه إليه وإنْ لَمْ يُخالِفْ، ولا يَرِدُ الصَّبِيُّ المَحْجُور، والعبدُ المَحْجُور؛ لأنهما إذا خالَفا؛ لا يَنتَقِلِ المِلْكُ إليهِما.

ولا يلزمُ القاضيَ إذا عَقَدَ علىٰ مالِ الصَّغيرِ [٦/٨ظ/م] علىٰ وَجْهٍ لا يجوزُ علىٰ الصَّغيرِ؛ أنَّ المَعْقُودَ يَنتَقِلُ إليْهِ، وإنْ كانَ لو لَمْ يخالِفْ لَمْ يَنتَقِلْ؛ لأنَّ مِن أصْحابِنا مَن قالَ: إنَّ المِلْكَ يَنتَقِلُ إليْه، ولكِن لا يلزمُه الضَّمَانُ؛ كَيْلَا تضِيعَ أمورُ المسْلمينَ بتقاعُدِ الناسِ عنِ القَضَاءِ خوفًا عنِ الضَّمَانِ.

ومنهُم مَن قالَ: إنَّ القاضيَ إذا اعتمدَ العَقْدَ علىٰ وَجْهٍ لا يَجوزُ؛ خرَجَ مِن القَضَاءِ، وصارَ عَقْدُه كعَقْدِ الوَكِيلِ، وإنْ فعلَ ذلكَ ساهيًا؛ لَمْ يخْرُجْ مِنَ القَضَاءِ، ولَمْ يَنتَقِلِ المِلْكُ إليْه، كما لا يَنْتَقِلُ إلىٰ العبدِ المَحْجُورِ.

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٩].

(٢) وقع بالأصل: «أبو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٩].

فَكَذَا تَوَابِعُهُ وَصَارَ كَالرَّسُولِ وَالْوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ.

وَلَنَا أَنَّ الْوَكِيلَ هُوَ الْعَاقِدُ حَقِيقَةً؛ لِأَنَّ الْعَقْدَ يَقُومُ بِالْكَلَامِ، وَصِحَّةُ عِبَارَتِهِ لِكَوْنِهِ آدَمِيًّا وَكَذَا حُكْمًا؛ لِأَنَّهُ يَسْتَغْنِي عَنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَى الْمُوَكِّلِ، وَلَوْ كَانَ سَفِيرًا عَنْهُ لَمَا اسْتَغْنَى عَنْ ذَلِكَ كَالرَّسُولِ، وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ كَانَ أَصِيلًا فِي الْحُقُوقِ فَتَتَعَلَّقُ بِهِ وَلِهَذَا قَالَ فِي الْكِتَابِ (يُسَلِّمُ الْمَبِيعَ وَيَقْبِضُ الثَّمَنَ وَيُطَالِبُ

غاية البيان

وجوابُ قولِ أبي طاهرٍ: أنَّ نفوذَ العِتْقِ يَحتاجُ إلى مِلْكٍ مستقرٍّ دائمٍ، ومِلكُ الوَكِيلِ غيرُ مستقرٍّ ولا دائمٍ فيه، ألَا ترى أنَّه يزولُ عنهُ في ثاني الحالِ، ويَنْتقِلُ إلى المُوَكِّلِ باعتبارِ الوَكَالَةِ السابقةِ، كما قالَ في «الزيادات»، فيمَنْ تزَوَّجَ أَمَةً، ثمَّ حُرَّةً على رقبتِها، فأجازَ مولاها: فإنَّه تَصيرُ الأَمَةُ مهرًا للحُرَّةِ، ولا يَفْسُدُ النِّكَاحُ وإنْ ثبَتَ المِلْكُ للزَّوجِ فيها؛ لأنَّ مِلْكَه غيرُ مُستقرٍّ، حيثُ تَنْتقِلُ منهُ إلى الحُرَّةِ، فكذلكَ هُنا.

قولُه: (وَصَارَ كَالرَّسُولِ)، أيْ: صارَ المُوَكِّلُ في عدمِ تعلُّقِ الحُقُوقِ به، كالرَّسولِ في البَيْعِ، حيثُ لا تَتَعَلَّقُ الحُقُوقُ به.

صورةُ إرسالِ الرَّسولِ: أنْ يَقولَ البَائِعُ: بِعْتُ عبدي هذا مِن فلانٍ الغائبِ بألفِ درهمٍ، فاذْهَبْ يا فُلانُ فَقُلْ لَه، فذهَبَ الرَّسولُ فأخبَره بما قالَ، فقالَ المُشْتَرِي في مجلسِه ذلِكَ: اشْتَرَيْتُ، أوْ قالَ: قبِلْتُ؛ تَمَّ البَيْعُ بينَهُما[1]. كذا ذكَرَ في أوائلِ كتابِ البيوعِ مِن «شرح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (وَإِذَا كَانَ كَذَلِكَ؛ كَانَ أَصِيلًا)، أيْ: إذا كانَ الوَكِيلُ عاقدًا حقيقةً وحُكْمًا؛ كانَ أصلًا في الحُقُوقِ (فَتَتَعَلَّقُ بِهِ)، أي: تتَعَلَّقُ الحُقُوقُ بالوكيلِ.

قولُه: (فِي الْكِتَابِ)، أي: في «مختصر القُدُورِيِّ».

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/١٦٦].

بِالثَّمَنِ إذَا اشْتَرَىٰ، وَيَقْبِضُ الْمَبِيعَ وَيُخَاصِمُ فِي الْعَيْبِ وَيُخَاصِمُ فِيهِ)؛ لِأَنَّ كُلَّ ذَلِكَ مِنَ الْحُقُوقِ وَالْمِلْكُ [٥٩/و] يَثْبُتُ لِلْمُوَكِّلِ خِلَافَةً عَنْهُ، اعْتِبَارًا لِلتَّوْكِيلِ السَّابِقِ كَالعَبْدِ يَتَّهِبُ وَيَصْطَادُ هُوَ الصَّحِيحُ.

قال رحمه الله: وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ إن شاء الله تعالىٰ.

قَالَ: وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إلَىٰ مُوَكِّلِهِ، كَالنِّكَاحِ، وَالخُلْعِ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ؛ فَإِنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ، فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ

غاية البيان

قولُه: (خِلَافَةً عَنْهُ)، أيْ: عنِ [٢/٢٨٨ظ] الوَكِيلِ.

قولُه: (كَالعَبْدِ يَتَّهِبُ وَيَصْطَادُ)، أي: يَقْبَلُ الهِبَةَ.

يعْني: يَثْبُتُ المِلْكُ للوَلِيِّ علىٰ وَجْهِ الخلافةِ عنِ العبدِ بعَقْدِه وقَبْضِه.

قالَ الكَرْخِيُّ في «مختصره» في آخِرِ كتابِ الهِبَة: «إذا وهبَ رَجُلٌ لعبْدِ رَجُلٍ هِبَةً، فالقبولُ إلى العبدِ، فإنْ قَبِلَ وقبَضَ؛ صحَّتِ الهِبَةُ، وكانَ المِلْكُ للوَلِيِّ، ولا يجوزُ قبولُ المَوْلَىٰ ولا قَبْضُه، كانَ على العبدِ دَيْنٌ أوْ لَمْ يكُنْ»[1]. إلى هُنا لفْظُ الكَرْخِيِّ.

قولُه: (هُوَ الصَّحِيحُ)، أيْ: ثبوتُ المِلْكِ للمُوَكِّلِ خلافةً عنِ الوَكِيلِ هوَ الصَّحِيحُ، وهذا احترازٌ عَن قولِ أبي الحسَنِ الكَرْخِيِّ، وقدْ مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَفِي مَسْأَلَةِ العَيْبِ تَفْصِيلٌ نَذْكُرُهُ)، يعْني: أنَّ الخُصُومَةَ في العَيْبِ للوَكِيلِ وعليْه، ولكِن فيها تَفصِيلٌ [٦/٩و/م] سيُذْكَرُ في البابِ الَّذي بعدَ هذا عندَ قولِه: (وَإِذَا اشْتَرَىٰ الوَكِيلُ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ).

قولُه: (قَالَ: وَكُلُّ عَقْدٍ يُضِيفُهُ إلَىٰ مُوَكِّلِهِ، كَالنِّكَاحِ، وَالخُلْعِ، وَالصُّلْحِ عَنْ دَمِ العَمْدِ؛ فَإِنَّ حُقُوقَهُ تَتَعَلَّقُ بِالمُوَكِّلِ دُونَ الوَكِيلِ، فَلَا يُطَالَبُ وَكِيلُ الزَّوْجِ

(١) ينظر: «شرح مختصر الكرخي» للقدوري [ق/ ٣٧٩/أ].

بِالمَهْرِ، وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلَ المَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ فِيهَا سَفِيرٌ مَحْضٌ؛

غاية البيان

بِالمَهْرِ، وَلَا يَلْزَمُ وَكِيلَ المَرْأَةِ تَسْلِيمُهَا)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[١]، وذلكَ لأنَّ الوَكِيلَ لا بُدَّ لَه مِن الإضافةِ في هذِه العُقُودِ إلىٰ مُوَكِّلِه؛ لأنَّه لوْ أضافَ العَقْدَ إلىٰ نفسِه؛ لا يَقَعُ عَن مُوَكِّلِه، فلَمَّا لَمْ يكُنْ بُدٌّ مِنْ إضافةِ العَقْدِ إلى المُوَكِّلِ، كانَ الوكيلُ بِمنزلةِ السَّفيرِ لَمْ تتعَلَّقْ حقوقُ العقدِ بِه كالرَّسولِ، وإنَّما لَمْ يكُن لَه بُدٌّ مِن إضافةِ العقدِ إلى المُوَكِّلِ في هذِه العُقُودِ؛ لأنَّ هذِه العُقُودَ لا يَقْبَلُ الحُكْمُ فيها الفصلَ عنِ السَّبَبِ؛ لأنَّ السَّبَبَ ـ وهوَ العَقْدُ ـ إذا وُجِدَ؛ وُجِدَ معَه الحُكْمُ لا مَحالةَ؛ لأنَّ فيها معنَى الإسْقَاطِ.

أمَّا الخُلْعُ والصُّلْحُ عَن دمِ العَمْدِ: فظاهرٌ.

وأمَّا النِّكَاحُ: فإنَّ فيهِ معْنىٰ الإسْقَاطِ أيضًا؛ لأنَّ الأصلَ في المرأةِ الَّتي خُلِقَتْ مَحلًّا للنِّكَاحِ المالِكيَّة، فبِعَقْدِ النِّكَاحِ سَقَطَ عنها نوعُ المالِكيَّة، والسَّاقطُ لا يعودُ، فلا يُمْكِنُ أنْ يُقالَ: تَسْقُطُ عنها هذه المالِكيَّة لأجْلِ الوَكِيلِ، وتَثْبُتُ هيَ للوَكِيلِ، ثمَّ تَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ؛ لأنَّ السَّاقطَ يتلاشَىٰ.

فلَمَّا لَمْ يَقْبَلِ الحُكْمُ الفصلَ عَن السَّبَبِ؛ وقَعَ العَقْدُ لمنْ أُضِيفَ إليْه، فإنْ أُضِيفَ إلىٰ المُوَكِّلِ؛ وقَعَ لَه، وإنْ أُضِيفَ إلىٰ الوَكِيلِ؛ وقَعَ لَه، فلَمْ يُتصَوَّرْ إذَنْ صدورُ العَقْدِ مِن شخصٍ بإضافتِه إليهِ، وثبوتُ حُكْمِه لغيرِه، فبَقِيَ الوَكِيلُ في ذلكَ سفيرًا محْضًا.

بخِلافِ البَيْعِ والإجَارَةِ، فإنَّ الوَكِيلَ في ذلكَ يَستغْنِي عَن إضافةِ العَقْدِ إلى مُوَكِّلِه، ولهذا لا يُشْتَرطُ ذلكَ بناءً علىٰ أنَّ الحُكْمَ يَقْبَلُ الفصلَ عنِ السَّبَبِ؛ لأنَّه لا يلزمُ مِن وجودِ العَقْدِ ـ وهو السَّبَبُ ـ وجودُ الحُكْمِ ـ وهوَ المِلْكُ ـ لا محالةَ، كما

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٥].

أَلَا يُرَىٰ أَنَّهُ لَا يُسْتَغْنَىٰ عَنْ إِضَافَةِ الْعَقْدِ إِلَىٰ الْمُوَكِّلِ، وَلَوْ أَضَافَهُ إِلَىٰ نَفْسِهِ كَانَ النِّكَاحُ لَهُ فَصَارَ كَالرَّسُولِ، وَهَذَا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِيهَا لَا يَقْبَلُ الْفَصْلَ عَنِ السَّبَبِ؛

غاية البيان

في البَيْعِ بِشَرْطِ الخِيَارِ.

فإذا كانَ كذلِكَ: قُلنا بثبوتِ الحُكْمِ ـ وهوَ المِلْكُ ـ أوَّلًا للوَكِيلِ، ثمَّ انتقلَ منهُ إلىٰ المُوَكِّلِ علىٰ ما ذهبَ إليه الكَرْخِيُّ، وفي باب النِّكَاح يَثْبُتُ الحُكْمُ أوّلًا للمُوَكِّلِ؛ لعدمِ انفِكاكِ الحُكْمِ عنِ السَّبَبِ. هذا معْنىٰ تقْريرِ صاحبِ «**الهداية**» فافهَمْه إنْ شاءَ اللهُ. وقد تكَلَّفَ فيه بعضُهم بجَرٍّ ثقيلٍ.

وجملةُ القولِ هُنا: ما قالَ في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**» بقولِه: «اعلَمْ: أنَّ حُقُوقَ العَقْدِ في البَيْعِ، [والشِّرَاءِ][1]، والإِجَارَةِ، والاِسْتِئْجَارِ، وما كانَ مُبادَلَةَ مالٍ بمالٍ؛ تَرْجِعُ إلىٰ العَاقِدِ، والعَاقِدُ في حُقُوقِ عَقْدِه كالمالِكِ، والمالِكُ كالأجنبيِّ، [٦/٩٩ظ/م] وهذا إذا كانَ الوَكِيلُ أهلًا مِن أنْ يعْقِدَ لِنفسِه، وأمَّا إذا لَمْ يكُن أهلَ العَقْدِ لنفْسِه؛ فَلا تنصرفُ حُقُوقُ العَقْدِ إليْه، وإنَّما تنصَرِفُ حُقُوقُ العَقْدِ إلىٰ المُوَكِّلِ، كالعبدِ المَحْجُورِ، والصَّبِيِّ المَحْجُورِ، والمَعْتُوهِ المَحْجُورِ [٢/٢٨٩و] الَّذي يَعْقِلُ البَيْعَ والشِّرَاءَ.

وحُقُوقُ العَقْدِ: هيَ قَبْضُ الثَّمَنِ وتَسليمُه، فلوْ أنَّ المُوَكِّلَ طلبَ المُشْتَرِي بالثَّمَنِ؛ ليسَ لَه ذلكَ، ولوْ أمرَ الوَكِيلُ المُوَكِّلَ بقَبْضِ الثَّمَنِ، فأيُّهما طالبَه بالثَّمَنِ أُجْبِرَ المُشْتَرِي على تَسليمِ الثَّمَنِ إليْه، فلوْ نَهىٰ الوَكِيلُ المُوَكِّلَ عَن قبْضِ الثَّمَنِ؛ صحَّ نَهْيُه، ولوْ نَهىٰ المُوَكِّلُ الوَكِيلَ عَن قبْضِ الثَّمَنِ؛ فإنَّه لا يصحُّ نَهْيُه، غيرَ أنَّ المُشْتَرِي لوْ نَقَدَ الثَّمَنَ إلىٰ المُوَكِّلِ؛ بَرِئَ مِن الثَّمَنِ استِحْسانًا.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وهو الموافق لِمَا وقع في: «شرح الطَّحَاوِيّ» للأَسْبِيجَابِيّ [٢/ق١٠/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فَيَتَلَاشَى فَلَا يَتَصَوَّرُ صُدُورُهُ مِنْ شَخْصٍ وَثُبُوتُ حُكْمِهِ لِغَيْرِهِ فَكَانَ سَفِيرًا.

غاية البيان

ولوْ كانَ الوَكِيلُ هوَ الَّذي أبرأَ المُشْتَرِي مِنَ الثَّمَنِ، أوْ وهبَه له، أوْ أبرَأَه عَنِ البعضِ، أوْ حَطَّ عنهُ؛ فإنَّ ذلكَ كلَّه جائزٌ، ويَضْمَنُ الوَكِيلُ للمُوَكِّلِ ما أسقطَ عنِ المُشْتَرِي، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ. وقالَ أبو يوسُفَ: لا يصحُّ إبراؤُه، ولا هِبَتُه، ولا حَطُّه، وكذلكَ إذا أخَّرَ الوَكِيلُ الثَّمَنَ؛ هوَ على هذا الخلافِ، ولو فعَلَ ذلكَ المُوَكِّلُ؛ صحَّ ذلِكَ بالإجماعِ.

ولِلوكيلِ أنْ يُطالِبَ البَائعَ بتسليمِ المَبيعِ إذا نَقَدَ المُشْتَرِي الثَّمَنَ، ولا يُطالِبُ المُوَكِّل بِه، ولو استُحِقَّ المَبيعُ رَجَعَ المُشْتَرِي بالثَّمَنِ على الوَكِيلِ إنْ نَقَدَ الثَّمَنَ إليه، وإنْ نَقَدَ الثَّمَنَ إلى المُوَكِّلِ رَجَعَ عليه بالثَّمَنِ، ولو لَمْ يُسْتَحقَّ المَبيع، ولكِنِ المُشْتَرِي وَجَدَ به عيبًا؛ فله أنْ يُخَاصِمَ مع المُوَكِّلِ، فإذا أثبَتَ عليهِ العَيْبَ وردَّه عليهِ بقضاءِ قاضٍ؛ أخَذَ الثَّمَنَ مِن الوَكِيلِ إذا أنفذَه إليْه، ولو نَقَدَ الثَّمَنَ إلى المُوَكِّل أخَذَه.

وكذلِكَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ، هوَ المطالَبُ بالثَّمَنِ دونَ المُوَكِّلِ، وهوَ الَّذي يقْبِضُ المَبِيعَ مِنَ البَائِعِ دونَ المُوَكِّلِ، فإذا استُحِقَّ المَبيعُ؛ فهُو الَّذي تولَّى الرُّجُوعَ بالثَّمَنِ على البَائِعِ دونَ المُوَكِّلِ؛ لأنَّه هوَ الَّذي يقْبِضُ المَبِيعَ منَ البَائِع، ولوْ وجَدَ بِالمَبيعِ عيبًا فإنَّه ينظرُ: إنْ كانَ المَبيعُ في يدِه بعْدُ، ولَمْ يُسَلِّمْه إلى المُوَكِّلِ؛ فلَه أنْ يَرُدَّه عليْه بِالعَيْبِ، فلَو كانَ سَلَّمَه إلى المُوَكِّلِ، فلا يَرُدُّه إلَّا بِرِضا المُوَكِّلِ، وكذلِك هذا الحُكْمُ في الإِجَارَةِ والاسْتِئْجَارِ.

ولوْ كانَ هذا وَكِيلًا في المُبَادَلَةِ - الَّتي هيَ مالٌ بغيرِ مالٍ، كَالنِّكَاحِ، والخُلْعِ، والصُّلْحِ عَن دمِ العَمْدِ، والكِتَابَةِ، والعِتْقِ عَلى مالٍ - فإنَّ الوَكِيلَ في هذِه العُقُودِ مُعَبِّرٌ وسفيرٌ، وتنصرفُ حُقُوقُ العَقْدِ إلى المُوَكِّلِ دونَ الوَكِيلِ، فإنْ كانَ الوَكِيلُ

وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ: الْعِتْقُ عَلَىٰ مَالٍ، وَالْكِتَابَةُ، وَالصُّلْحُ عَلَى الْإِنْكَارِ.

فَأَمَّا الصُّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى الْبَيْعِ: فَهُوَ مِنَ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ، ....

بِالنِّكَاحِ وَكِيلَ الزَّوجِ؛ فلا يُؤاخَذ الوَكِيلُ بالمهرِ، وإنما يُؤاخَذُ الزوجُ، إلَّا إذا ضَمِنَ فيُؤاخَذُ بِالضَّمَانِ [٦/١٠و/م] لا بِالعَقْدِ.

وكذلِكَ لوْ كانَ الوَكِيلُ وَكِيلَ المرأةِ؛ ليسَ له قبْضُ المهْرِ، وكذلِكَ الوَكِيلُ بالكتابةِ؛ ليسَ إليْه قبْضُ بدلِ الكِتَابَةِ.

وكذلِكَ الوَكِيلُ بالخلعِ إنْ كانَ وَكِيلَ الزَّوجِ ليسَ إليْه قبْضُ بدلِ الخُلْعِ، وإنْ كانَ وَكِيلَ المرأةِ فلا يُؤاخَذُ ببدلِ الخُلْعِ إلَّا إذا ضَمِنَ، وكذلِكَ الوَكِيلُ بالصُّلحِ عَن دمِ العَمْدِ، فهُوَ عَلىٰ هذا»[1]. إلىٰ هُنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيجَابيِّ ﷺ في «شرْح الطَّحَاوِيِّ».

قولُه: (وَالضَّرْبُ الثَّانِي مِنْ أَخَوَاتِهِ: الْعِتْقُ عَلَىٰ مَالٍ، وَالْكِتَابَةُ، وَالصُّلْحُ عَلَى الإِنْكَارِ)، (وَالضَّرْبُ الثَّانِي) مبتدأٌ، (مِنْ أَخَوَاتِهِ: الْعِتْقُ) جملةٌ وقعَتْ خبرًا لَه، أي: مِن أخواتِ الضرْبِ الثَّاني: العِتْقُ علىٰ مالٍ.

وأرادَ بِالضَّرْبِ الثَّاني: كلّ عَقْدٍ يُضِيفُه الوَكِيلُ إلىٰ مُوَكِّلِه، فتتعلَّقُ حُقُوقُ العَقْدِ بالموَكِّلِ، لا بِالوكيلِ، جعَلَ الكِتَابَةَ مِن قَبِيلِ مُبادَلَةِ ما ليسَ بِمالٍ بما هوَ مالٌ؛ لأنَّ بدلَ الكِتَابَةِ بِمقابلةِ فَكِّ الحَجْرِ، وكذا جعلَ الصُّلْحَ علىٰ الإنكارِ مِن هذا القَبِيلِ؛ لأنَّ بدلَ الصُّلْحِ بمُقابلةِ دَفْعِ الخُصُومَةِ في حقِّ المُدَّعَىٰ عليْهِ.

قولُه: (فَأَمَّا الصُّلْحُ الَّذِي هُوَ جَارٍ مَجْرَى الْبَيْعِ: فَهُوَ مِنَ الضَّرْبِ الْأَوَّلِ).

أرادَ بِه: الصُّلْحَ عنْ إِقْرَارٍ، جعَلَه جارِيًا مَجْرَىٰ البَيْعِ؛ لأَنَّه مُبادَلَةُ مالٍ بمالٍ،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/٢٦٣].

وَالوَكِيلُ بِالهِبَةِ، وَالتَّصَدُّقِ، وَالإِعَارَةِ، وَالإِيدَاعِ، وَالرَّهْنِ، وَالإِقْرَاضِ؛ سَفِيرٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ فِيمَا يَثْبُتُ بِالْقَبْضِ، وَأَنَّهُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلْغَيْرِ فَلَا يُجْعَلُ أَصِيلًا وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ المُلْتَمِسِ، ....

فكانَ حُكْمُه حُكْمَ البَيْعِ، فتعلَّقُ الحُقُوقُ [٢/٢٨٩ظ] بالوكيلِ دونَ المُوَكِّلِ.

قولُه: (وَالوَكِيلُ بِالهِبَةِ، وَالتَّصَدُّقِ، وَالإِعَارَةِ، وَالإِيدَاعِ، وَالرَّهْنِ، وَالإِقْرَاضِ؛ سَفِيرٌ أَيْضًا)، يعْني: إذا وَكَّلَ رَجُلًا ليهَبَ عبْدَه مِن فلانٍ، أوْ يتصَدَّقَ عليْه، أوْ يُعِيرَه، أوْ يُودِعَه، أوْ يَرْهنَه عندَه، أوْ يُقْرِضَه، ففعَلَ ما أُمِرَ به صحَّ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ وَكَّلَ غيرَه بما يَمْلِكُه بنفسِه، وكانَ الوَكِيلُ سفيرًا، بحيثُ تتَعَلَّقُ حُقُوقُ العَقْدِ بمُوَكِّلِه لا بِهِ، كحقِّ الرُّجُوعِ في الهِبَةِ، واستِرْدادِه إلىٰ يدِه.

ولَمْ يكُنْ لِلوَكِيلِ أنْ يَقْبِضَ الوَدِيعَةَ، والعَارِيَّةَ، والرَّهْنَ، والقَرْضَ ممَّنْ في يدِه؛ لأنَّه يُضِيفُ العَقْدَ إلىٰ مُوَكِّلِه ويقولُ: وهَبَه لكَ مُوَكِّلي، أوْ رَهَنَه.

والتَّحقيقُ فيهِ: أنَّ هذِه الأشياءَ لا يَثْبُتُ الحُكْمُ فيها قبْلَ القَبْضِ، وإنَّما يَثْبُتَ بِالقَبْضِ، والقَبْضُ يقَعُ علىٰ محلٍّ مملوكٍ لغيرِ الوَكِيلِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُضِيفُ العَقْدَ إلىٰ غيرِه كما قُلنا.

فإذا كانَ كَذلِكَ: لَمْ يُمْكِنْ أنْ يُجْعَلَ الوَكِيلُ أصلًا في حقِّ الحُقُوقِ، فكانَ سفيرًا، وهذا معْنىٰ قولِه: (لِأَنَّ الحُكْمَ فِيهَا يَثْبُتُ بِالقَبْضِ، وَأَنَّهُ يُلَاقِي مَحَلًّا مَمْلُوكًا لِلغَيْرِ، فَلَا يُجْعَلُ أَصْلًا). والضَّميرُ في (وَأَنَّهُ) يَرْجِعُ إلىٰ القَبْضِ.

قولُه: (وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ المُلْتَمِسِ)، يعْني: إذا كانَ الوَكِيلُ مِن جانبِ المُسْتَعِيرِ، والمُرْتَهِنِ، والموهوبِ له [٦/١٠ظ/م]؛ يكونُ الوَكِيلُ سفيرًا أيضًا، لا تتَعَلَّقُ حُقُوقُ العَقْدِ بِه، بل تتَعَلَّقُ بالمُوَكِّلِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يُضِيفُ العَقْدَ إلىٰ مُوَكِّلِه.

وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالمُضَارَبَةُ، إلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ حَتَّىٰ لَا يَثْبُتَ الْمِلْكُ لِلْمُوَكِّلِ بِخِلَافِ الرِّسَالَةِ فِيهِ.

قَالَ: وَإِذَا طَالَبَ المُوَكِّلُ بِالبَيْعِ المُشْتَرِيَ؛ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ إِيَّاهُ)؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ الْعَقْدِ وَحُقُوقِهِ لِمَا أَنَّ الْحُقُوقَ إِلَىٰ الْعَاقِدِ.

غاية البيان

قولُه: (وَكَذَا الشَّرِكَةُ وَالمُضَارَبَةُ)، يعْني: أنَّ الوَكِيلَ في هذيْنِ العَقديْنِ سفيرٌ أيضًا، لا تتعَلَّقُ حُقُوقُ العَقْدِ به، بَل تتعَلَّقُ بالمُوَكِّلِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ لا بُدَّ له مِنْ إضافةِ العَقْدِ إلىٰ مُوَكِّلِه، فكانَ سفيرًا، حتَّىٰ لوْ أضافَ العَقْدَ إلىٰ نفسِه لا يقَعُ عَن مُوَكِّلِه.

قولُه: (إلَّا أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالِاسْتِقْرَاضِ بَاطِلٌ)، وهذا استثناءٌ مِن قولِه: (وَكَذَا إِذَا كَانَ الوَكِيلُ مِنْ جَانِبِ المُلْتَمِسِ).

قالَ بعضُهُم في بيانِ بطْلانِ استِقْراضِ الوَكِيلِ: بأنَّ العبارةَ للوَكِيلِ، والمحلُّ الذي أمَرَه بالتَّصرُّفِ فيهِ مِلْك الغَيرِ، فإنَّ الدَّراهمَ الَّتي يَسْتقرِضُها الوَكِيلُ مِلْكُ المُقْرِضِ، والأمرُ بالتصرُّفِ في مِلْكِ الغيرِ بَاطِلٌ.

قُلْتُ: هذا الَّذي قالَ يَبْطُلُ بالتَّوْكِيلِ بِالاستِعارةِ فإنَّه صحيحٌ، معَ أنَّ المُوَكِّلَ أمرَه بالتصرُّفِ في مِلْكِ الغَيرِ، وليسَ معْنىٰ كلامِ المصنِّفِ ما فهِمَه هذا القائِلُ، بلْ معْناهُ: أنَّ الوَكِيلَ بِالاستِقْراضِ إذا أضافَ العَقْدَ إلىٰ نفسِه وقالَ: أقْرِضْنِي؛ كانَ التَّوْكِيلُ باطلًا، حتىٰ لا يكونَ القَرْضُ للمُوَكِّلِ، بلْ يكونُ لِلوَكِيلِ، إلَّا إذا أضافَ العَقْدَ إلىٰ المُوَكِّلِ، وبلَغَ علىٰ وَجْهِ الرِّسالةِ فقالَ: أرْسلَنِي فلانٌ إليكَ يَسْتَقْرِضُ كذا، فحينَئذٍ يصحُّ الاستِقراضُ، ويقَعُ القَرْضُ للمُوَكِّلِ، وليسَ للوَكِيلِ أنْ يَمْنَعَ المُوَكِّلَ عنهُ، فافهَمْه، ففيهِ غَناءٌ عن تطويلٍ لا طائلَ تحتَه.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا طَالَبَ المُوَكِّلُ بِالبَيْعِ المُشْتَرِيَ؛ فَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1].

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٥].

(فإنْ دفَعهُ إليْهِ جازَ ولمْ يكُنْ للوَكيلِ أنْ يُطالِبَهُ بهِ ثانيًا)؛ لأنَّ نفْسَ الثَّمنِ المَقْبُوضِ حقُّهُ وقدْ وصَلَ إليْهِ، ولا فائدةَ في الأخذِ منْهُ ثُمَّ الدَّفعِ إليْهِ، **ولهذا لوْ كانَ للمُشْتري على المُوكِّلِ دينٌ؛ يقعُ المُقاصَّةُ**، ولوْ كانَ لهُ عليْهما دينٌ يقعُ

غاية البيان

اعلَمْ: أنَّ المُوكِّلَ بالبَيْعِ إذا طالبَ المُشْتريَ بالثَّمنِ؛ فللمُشْتري منْعُه عنه؛ لأنَّ المُوكِّلَ أجنبيٌّ عن حُقوقِ العَقْدِ؛ لأنَّ الحُقُوقَ تتعلَّقُ بالعاقِدِ، وهوَ الوَكيلُ، ولهذا إذا نهاهُ الوَكيلُ صحَّ ذلكَ، فلوْ نهاهُ المُوكِّلُ عَن قبْضِ الثَّمنِ؛ لا يصحُّ.

فإذا كانَ كذلِكَ: لَمْ يَجُزْ مُطالبةُ المُوكِّلِ إلَّا بأمْرِ الوَكيلِ، ولكِن معَ هذا لوْ دفَعَ المُشْتري الثَّمنَ إلى المُوكِّلِ؛ جازَ وبَرِئَ المُشْتري مِنَ الثَّمنِ استحْسانًا، وقدْ رُوِّيْنا ذلكَ عَن «**شرح الطَّحاويّ**» قبْلَ هذا.

وليسَ للوَكيلِ أنْ يُطالِبَ ثانيًا؛ لأنَّ القَبْضَ وإنْ كانَ حقَّ الوَكيلِ، لكنَّ نفْسَ الثَّمنِ مِلْكُ المُوكِّلِ، فلا فائدةَ في الاسْتِرْدادِ منهُ، ثمَّ الدَّفعِ إليْهِ.

قولُه: (**ولهَذا لوْ كانَ للمُشْتري** [٢/٢٩٠و] **على المُوكِّلِ دينٌ؛ يقعُ المُقاصَّةُ**)، هذا إيضاحٌ لكونِ الثَّمنِ المَقْبُوضِ حقَّ المُوكِّلِ.

اعلَمْ: أنَّ الوَكيلَ بالبَيْعِ يَمْلِكُ إسْقاطَ الثَّمنِ عَن المُشْتري بالإقالةِ، والإبراءِ، والمُقاصَّةِ بِما على الوَكيلِ عندَهُما.

وقالَ أبو يوسُف: لا يَمْلِكُ ذلِكَ[1]. كذا في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

وَجْهُ قولِه: أنَّه [٦/١١و/م] تصرُّفٌ في مِلْكِ الغيرِ بِلا رِضاهُ.

وَجْهُ قولِهما: أنَّه تصرُّفٌ في حُقُوقِ العَقْدِ فَصحَّ، ثمَّ مِن ضَرُورَةِ إسقاطِ الحُقُوقِ: إسقاطُ المِلْكِ، فَصارَ كأنَّه أتلَفَ مِلْكَ المُوكِّلِ، فَوجَبَ الضَّمانُ.

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٥٦أ].

. . . .

قالَ محمدٌ في «الأصل»: «ولوْ كانَ البَائِعُ أبرَأَ المُشْتَرِي ـ يعْني: أنَّ الوَكِيلَ أبرَأَهُ مِنَ الثَّمَنِ ـ فهُوَ جائزٌ، وهوَ له ضامِنٌ، وكذلِكَ لوْ وهَبَه له، وكذلِكَ لوِ اشْتَرَىٰ متاعًا، أوْ كانَتْ دنانيرَ فأخَذَ بِها منهُ دراهِمَ، أوْ كانَتْ دراهِمَ، فأخَذَ بِها منهُ دنانيرَ؛ فهُو ضامِنٌ لِلثَّمَنِ، والَّذي اشْتَرَىٰ هُو لَه.

وكذلِكَ لَو صالَحَه عليْه صلْحًا ولَمْ يشْتَرِ، وكذلِكَ لوْ أخَّرَ عنهُ الثَّمَنَ إلىٰ أجَلٍ؛ كانَ ضامنًا للثَّمَنِ، وجازَ التَّأخيرُ، ولوْ حطَّ عنهُ كانَ ضامنًا لِمَا حطَّ عنهُ، وهذا كلُّه قولُ أَبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ.

وقالَ أَبو يوسُف: لا يجوزُ شيءٌ ممَّا صنعَ مِن هذا مِن هِبَةٍ وغيرِها، والمالُ علىٰ حالِه علىٰ المُشْتَرِي»[1]. إلىٰ هُنا لفْظُ محمَّدٍ في «الأصل» في بابِ الوَكَالَةِ بِالقيامِ عَلىٰ الدَّارِ.

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ثمَّ في وُقوعِ المُقَاصَّةِ إنْ كانَ دَيْنُ المُشْتَرِي علىٰ المُوَكِّلِ، وهوَ مِثْلُ الثَّمَنِ؛ صارَ قصَاصًا إجماعًا، وإنْ كانَ دَيْنُه علىٰ الوَكِيلِ؛ فعلَىٰ الاختلافِ، وإنْ كانَ عَليْهِما يَصيرُ قصَاصًا بِدَيْنِ المُوَكِّلِ.

أمَّا عندَ أَبي يوسُفَ: فَظاهِرٌ.

وأمَّا عِندَهُما: فإنَّ الثَّمَنَ لَو صارَ قصَاصًا بِدَيْنِ الوَكِيلِ؛ لاحتَجْنا إلىٰ قَضَاءِ الوَكِيلِ لِلمُوَكِّلِ، ولوْ صارَ قصَاصًا بِدَيْنِ المُوَكِّلِ؛ لا يحتاجُ إلىٰ قَضَاءٍ آخَرَ، فقَصَّرْنا المسافةَ، ولأنَّ المُوَكِّلَ يَمْلِكُ إسقاطَ الثَّمَنِ عنِ المُشْتَرِي بِالإجْماعِ، فَعلىٰ هذا الحِيلة في موضعيْنِ:

أحدُهُما: إذا كانَ لرَجُلٍ علىٰ زيدٍ دَيْنٌ لا يُؤدِّيه، فيتَوَكَّلُ الدائنُ عَن الغَيرِ في

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/ ٢٥٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

الْمُقَاصَّةُ بِدَيْنِ الْمُوَكِّلِ أَيضًا دُونَ دَيْنِ الْوَكِيلِ وَبِدَيْنِ الْوَكِيلِ إذَا كَانَ وَحْدَهُ، إنْ كَانَ يَقَعُ الْمُقَاصَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ؛ لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ

شِرَاءِ عينٍ مِن زيدٍ، فإذا اشترَىٰ؛ تقعُ المُقَاصَّةُ بينَ دَيْنِ الوَكِيلِ علىٰ البائعِ، وبينَ دَيْنٍ وجَبَ للبائعِ علىٰ الوَكِيلِ، ثُمَّ الوَكِيلُ يأخذُ الثَّمَنَ مِن مُوَكِّلِه.

والثَّاني: أنْ يُوكِّلَ ربُّ الدَّيْنِ غيرَه بِالشِّرَاءِ مِن المَدْيُونِ؛ فتقَعُ المُقَاصَّةُ بينَ دَيْنِ المُوَكِّلِ، وبينَ ما وجَبَ للبائعِ علىٰ الوَكِيلِ. أصْلُ هذِه المسألةِ استفدْنا مِن «**الزيادات**» في باب مِن البَيْعِ.

وحكىٰ الفقيهُ أبو اللَّيثِ في وصايا «**النوازل**» عَن كتابِ «**المَأْذُون**»: «إذا باعَ الوَكِيلُ وللمُشْتَرِي علىٰ المُوَكِّلِ دَيْنٌ مِثْلُ ذلكَ الثَّمَنِ؛ يَصيرُ قصاصًا، ولَوْ كانَ لِلمُشْتَرِي دَيْنٌ علَى الوَكِيلِ أيضًا يَصيرُ قصاصًا بِدَيْنٍ علىٰ المُوَكِّلِ دونَ الدَّيْنِ الَّذي علىٰ الوَكِيلِ».

وحَكىٰ النَّاطِفِيُّ عَن «**مناسك الثَّلْجِيِّ**»: أنَّ الوَكِيلَ بِالبَيْعِ إذا باعَ مِن [٦/١١١ظ/م] دائِنِه فلِلدَّائِنِ أنْ يَجْعَلَ الثَّمَنَ قصاصًا بِما لَه عليْهِ في قياسِ قَولِ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ، ويَضْمَنُ الوَكِيلُ للمُوَكِّلِ بِمنزلةِ إبْراءِ الوَكِيلِ المُشْتَرِي عنِ الثَّمَنِ، وفي قولِ أبي يوسُفَ: «لا يَصيرُ قصَاصًا».

وفي «**نوادر ابن سَمَاعَة**»: إنْ كانَ دَيْنُ المُشْتَرِي علىٰ المُوَكِّلِ، فأرادَ أنْ يَجْعلَه قصاصًا؛ ليسَ لَه ذلِكَ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ ليسَ لَه مُطالبةُ المُشْتَرِي بالثَّمَنِ»(١).

إلىٰ هُنا لَفْظُ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

قولُه: (وَبِدَيْنِ الوَكِيلِ إذَا كَانَ وَحْدَهُ، إنْ كَانَ يَقَعُ المُقَاصَّةُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ؛ لِمَا أَنَّهُ يَمْلِكُ الإِبْرَاءَ عَنْهُ)، يعْني: أنَّ الوَكِيلَ يَمْلِكُ إبْراءَ المُشْتَرِي عَنِ

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٥٩].

وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ، والله أعلم.

الثَّمَنِ عندَهُما، وهوَ إبراءٌ بغَيرِ عِوَضٍ؛ لأنَّ القَبْضَ حقُّه، فيَمْلِكُ المُقَاصَّةَ أيضًا؛ لأنَّه إبراءٌ أيضًا، ولكنَّه بعِوَضٍ، فكانَ بالطَّرِيقِ الأَوْلَى أنْ يَمْلِكَه.

قولُه [٢/٢٩٠ظ]: (وَلَكِنَّهُ يَضْمَنُهُ لِلْمُوَكِّلِ فِي الفَصْلَيْنِ)، **أيْ**: ولكنَّ الوَكِيلَ يَضْمَنُ الثَّمَنَ للمُوَكِّلِ في فصْلِ الإبراءِ، وفصْلِ المُقَاصَّةِ بدَيْنِ الوَكِيلِ.

واللهُ أعلَمُ بالصَّوابِ، وإليْه المرجِعُ والمآبُ.

بَابُ الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ

قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ؛ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ، أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ لِيَصِيرَ الفِعْلُ المُوَكَّلُ بِهِ مَعْلُومًا فَيُمْكِنُهُ الِائْتِمَارُ، (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُ وَكَالَةً عَامَّةً فَيَقُولَ: ابْتَعْ لِي مَا رَأَيْت)؛ لِأَنَّهُ فَوَّضَ الأَمْرَ إِلَىٰ رَأْيِهِ، فَأَيُّ شَيْءٍ يَشْتَرِيهِ يَكُونُ مُمْتَثِلًا. وَالأَصْلُ فِيهِ أَنَّ الجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ تَتَحَمَّلُ فِي الوَكَالَةِ كَجَهَالَةِ الوَصْفِ اسْتِحْسَانًا، لِأَنَّ مَبْنَىٰ التَّوْكِيلِ عَلَىٰ التَّوْسِعَةِ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعَانَةٌ. وَفِي اعْتِبَارِ هَذَا الشَّرْطِ بَعْضُ الحَرَجِ وَهُوَ مَدْفُوعٌ.

غاية البيان

بَابُ الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ

فَصْلٌ فِي الشِّرَاءِ

قدَّمَ بابَ الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ والشِّرَاءِ عَلىٰ سائرِ الأبوابِ؛ لِكثرةِ وُقوعِ البَيْعِ والشِّرَاءِ، ومَسَاسِ الحاجةِ إلىٰ الوَكَالَةِ في ذَلِكَ.

ثمَّ قدَّمَ فصْلَ الشِّرَاءِ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ مُثْبِتٌ لِمَا هوَ الأصلُ في عَقْدِ البَيْعِ، وهوَ المَبِيعُ، والبَيْعُ مُزِيلٌ له، والثبوتُ قبلَ الزَّوالِ، فكانَ الشِّرَاءُ أَوْلَىٰ بالتَّقديمِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ؛ فَلَا بُدَّ مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ، أَوْ جِنْسِهِ وَمَبْلَغِ ثَمَنِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيهِ: «إلَّا أنْ يُوَكِّلَه وَكَالَةً عامَّةً، فيقولُ: ابتَعْ لي ما رأيتَ»[1].

وأرادَ بالجنسِ: النَّوعَ، لا مصْطلحَ أهلِ المنطِقِ، وهوَ الكُلِّيُّ المَقُولُ عَلىٰ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٥]

. . . .

كثيرينَ مختلِفينِ [بالنَّوعِ][(١)] في جوابِ مَا هُو.

والنَّوعُ: هوَ المَقُولُ علىٰ كثيرينَ مُختلِفينَ بِالعددِ في جَوابِ ما هُو.

أوْ أرادَ: مُصطلحَ أَهلِ النَّحوِ، وهوَ ما عُلِّقَ علىٰ شيءٍ بعَيْنِه، وعلىٰ كلِّ ما أشبَهَه، ويجوزُ أَن يريدَ بِالجنسِ: ما يندَرِجُ تحتَه أَشخاصٌ، وقدْ مَرَّ بيانُ ذلِكَ في كتابِ النِّكَاحِ في بابِ المهْرِ.

قالَ الشَّيخُ أَبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «هذا الَّذي ذكرَه القُدُورِيُّ استِحْسانٌ.

والقياسُ: أَلَّا يجوزَ، وأنْ يَمْنَعَ مِن جوازِ الوَكَالَةِ ما يَمْنَعُ مِن جَوازِ البَيْعِ»[(٢)].

وَجْهُ القِياسِ: أنَّ المَبِيعَ يَنْتَقِلُ إلىٰ الوَكِيلِ، ومِنْ جِهتِه إلىٰ المُوَكِّلِ، فصارَ الوَكِيلُ بِمنزلةِ البَائِعِ، فكما لا يَجوزُ أنْ يقعَ البَيْعُ معَ الجَهَالَةِ، فكذلِكَ لا يَجوزُ التَّوْكِيلُ.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: ما رُوِيَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ [٦/١٢و/م] أَعْطَىٰ عُرْوَةَ البَارِقِيَّ دِينَارًا، وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ شَاةً»[(٣)]. فذكَرَ الجنسَ، وقَدَّرَ الثَّمَنَ، وسَكَتَ عنِ الصِّفَةِ، ولَمْ يذْكرِ الصِّفَةَ، فَصارَ أَصلًا في ذلِكَ، ولأنَّ الثَّمَنَ إذا عُلِمَ صارَتِ الصِّفَةُ معلومةً، وإذا ذُكِرَ الصِّفَةُ صارَ الثَّمَنُ معلومًا، فأغنَىٰ ذِكْرُ أحدِهما عنِ الآخَرِ، وأمَّا إذا أطلَقَ لَه الأمرَ ولَمْ يخُصَّه، فقالَ: اشْتَرِ ما رأيْتَ؛ فإنَّه يصحُّ معَ الجَهَالَةِ؛ فإنَّه فوَّضَ الرأيَ إليْه، فصحَّ معَ الجَهَالَةِ، كَالبِضَاعَةِ والمُضَارَبَةِ.

وكانَ الشيخُ أبو بكرٍ الرَّازِيُّ يقولُ[(٤)]: هذا المعْنىٰ علىٰ وَجْهٍ آخرَ، وهوَ أنَّ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [٢/ق/٣٦٥].

(٣) مضىٰ تخريجه.

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للجصاص [٢٨٩/٣].

. . . .

الوَكَالَةَ الخاصَّةَ إذا كانتْ تجْمَعُ أجناسًا مختلِفةً، أوْ ما هوَ في حُكْمِ الأجْناسِ؛ فإنَّ الوَكَالَةَ لا تجوزُ حتَّىٰ يُبيِّنَ الصِّفَةَ، أوِ الثَّمَنَ، كقولِه: اشْتَرِ لي ثوبًا؛ لأنَّ اسمَ الثَّوْبِ يقَعُ علىٰ أجناسٍ، فَلا بُدَّ أنْ يذْكرَ جنسًا منْها، فإنِ اشْتَرَىٰ الوَكِيلُ شيئًا منْها؛ كانَ مُشْترِيًا لنفسِه.

[وكذلِكَ][(١)] إذا قالَ: اشْتَرِ لي دارًا؛ لأنَّ الدَّارَ وإنْ كانَتْ جِنسًا واحدًا، إلَّا أنَّها قَدْ صارَتْ في حُكْمِ الأجْناسِ؛ لكثرةِ تَفاوُتِها، فأمَّا إذا كانَ الاسمُ يقَعُ علىٰ جنسٍ واحدٍ جازَ وإنْ لَمْ يذْكرِ الصِّفَةَ ولا الثَّمَنَ، كقولِه: اشْتَرِ لي حِمارًا؛ لأنَّ الصِّفَةَ تَصيرُ معلومةً بحالِ المُوَكِّلِ[(٢)]. كذا في «شرح الأقطع».

قالَ محمدُ بنُ الحسنِ في «الأصل»: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أَن يَشْتَرِيَ لَه جَارِيَةً أوْ عبدًا؛ فإنَّ هذا لا يجوزُ مِن قِبَلِ أنَّ العبيدَ والجَوَارِيَ مختلفونَ، فإنْ وكَّله أن يَشْتَرِيَ له عبدًا مُولَّدًا، أو حَبَشِيًّا، أو سِنْدِيًّا، أوْ سَمَّىٰ جنسًا مِن الأجناسِ[(٣)]؛ فإنَّ ذلكَ جائزٌ أيضًا، وتسميةُ الثَّمَنِ وتسميةُ الجنسِ سواءٌ».

ثمَّ قالَ في «الأصل»: «وإذا وكَّلَه أنْ [٢/٢٩١و] يَشْتَرِيَ له دَابَّةً؛ فإنَّ ذلكَ لا يَجوزُ وإنْ سَمَّىٰ الثَّمَنَ مِن قِبَلِ أنَّ الدَّوابَّ مختلفةٌ. وإذا قالَ لَه: اشْتَرِ لي حمارًا، ولَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ؛ فهوَ جائزٌ عليهِ، وكذلِكَ لوْ قالَ: اشْتَرِ لي بغلًا، فإنِ اشْتَرَىٰ له شيئًا لا يَتغابَنُ الناسُ في مِثْلِه؛ لا يلزمُ الآمِرَ، ولزِمَ المُشْتَرِي».

ثمَّ قالَ في «الأصل»: «وإذا أمَرَهُ أَن يَشْتَرِيَ له ثوبًا؛ فإنَّ ذلِكَ لا يلزَمُ الآمِرَ، وإنْ سَمَّىٰ الثَّمَنَ فإنَّ ذلِكَ أيضًا لا يجوزُ مِن قِبَلِ أنَّ الثِّيَابَ مختلفةٌ، فإنْ قالَ: اشْتَرِ

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٥٩ـ ٣٦٠].

(٣) غير ما سَمَّىٰ مِن المولَّد والحبَشِيِّ والسِّنْدِيِّ. كذا جاء في حاشية: «تح».

....

لي ثوبًا يهوديًّا[١]، ولَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ ؛ فهُوَ جائزٌ إذا اشْتراهُ بِما يُشْتَرَىٰ مِثْلُه، أوْ زادَ علىٰ ذلِكَ بِما يتغابَنُ الناسُ في مِثْلِه، وكذلِكَ كلُّ جنسٍ سمَّاهُ مِنَ الثِّيابِ، فإنْ سَمَّىٰ لَه ثمنًا، فزادَ علىٰ ذلِكَ الثَّمَنِ ؛ لَمْ يلزَمِ الآمِرَ، وإنْ نقَصَ مِن ذلِكَ [٦/١٢ظ/م] الثَّمَنِ ؛ لَمْ يلزَمِ الآمِرَ، فإنْ وصَفَ له صفةً وسَمَّىٰ له ثمنًا، فاشْتَرَىٰ لَه تِلكَ الصِّفَةَ بأقلَّ مِن ذلِكَ الثَّمَنِ ؛ جازَ ذلِكَ عَلىٰ الآمِرِ».

ثمَّ قالَ في «الأصل»: «وإذا وكَّلَه أنْ يَشْتَرِيَ لَه دارًا، ولَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ ؛ فإنَّ ذلِكَ لا يلزَمُ الآمِرَ، ولا يَجوزُ عليْه»[٢]. هذا كلُّه لفْظُ محمَّدٍ في «الأصل».

وقالوا في «شروح الجامع الصغير»: «رَجُلٌ أمَرَ آخرَ أنْ يَشْتَرِيَ جَارِيَةً، أوْ ثوبًا، أو دَابَّةً، أوْ دارًا، ولَمْ يُسَمِّ الثَّمَنَ ؛ فهُو مُشْترٍ لنفسِه، والوَكَالَةُ باطلةٌ، وإنْ سَمَّىٰ ثَمَنَ الدَّارِ، وبَيَّنَ جنسَ الدَّابَّةِ والثَّوْبِ ؛ جازَ».

وقالَ قاضي خان في «شرْحه»: «والأصلُ في هَذا: أنَّ الوَكَالَةَ ضَرْبانِ: خاصَّةٌ، وعامَّةٌ، فإنْ كانَتْ عامَّةً: تصحُّ معَ الجَهالَةِ الكثيرةِ[٣]، كما لوْ قالَ: اشْتَرِ ما شئْتَ، أوْ ما رأيْتَ ؛ لأنَّه فَوَّضَ الرَّأيَ إليْه، فَصارَ بِمنزلةِ البِضَاعَةِ والمُضَارَبَةِ، وإنْ كانَتْ خاصَّةً: فإنْ كانتِ الجَهالَةُ يَسيرةً ؛ لا تمنَعُ صحَّةَ الوَكَالَةِ ؛ لأنَّها لا تمنَعُ الامتِثالَ.

وقالَ بِشْرٌ المَرِيسِيُّ: تمنَعُ، وإنْ كانَتْ كَثيرةً تمْنَعُ ؛ لأنَّها تمْنَعُ الامتِثالَ، والجَهَالَةُ أنواعٌ ثلاثةٌ:

فاحشةٌ ؛ وهيَ ما كانتْ في الجنسِ تمْنَعُ الوَكَالَةَ وإنْ بَيَّنَ الثَّمَنَ، كما لوْ وكَّلَه

---

(١) في «غ» و«م»: «هرويًّا». والمُثبت هو الموافق لِمَا وقَع في: «الأصل/ المعروف بالمبسوط».
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٥٨ ـ ٢٦٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/٢٣٢].

. . . .

بشراءِ[١] ثوبٍ، أوْ دابَّةٍ؛ لا يصحُّ ما لَمْ يُبيِّنِ النَّوعَ؛ لأنَّ الثَّوْبَ أجناسٌ مُختلفةٌ، تقعُ علىٰ الكِرْبَاسِ[٢]، والحريرِ، والخَزِّ وغيرِ ذلكَ، وبيْنَ الجنسِ والجنسِ تفاوتٌ فاحشٌ.

وببيانِ الثَّمنِ لا تزولُ الجَهالَةُ، فإنَّه قد يَكونُ هَرَوِيًّا يُؤخَذُ بعِشرينَ، وقدْ يكونُ ثوبًا مَرْوِيًّا يُؤخَذُ بعِشرينَ أيضًا، فَلا يَقْدِرُ علىٰ الامتِثالِ، فيُحتاجُ إلىٰ بيانِ الصِّفَةِ.

والدَّابَّةُ: اسمٌ لأجناسٍ[٣] مختلفةٍ؛ لأنَّه اسمٌ لِمَا يَدِبُّ علىٰ وَجْهِ الأرضِ حقيقةً.

وفي عُرْفِ النَّاسِ: يتناوَلُ البقرَ، والغنمَ، والحِمَارَ، والإبلَ، فما لَمْ يُبيِّنِ النَّوعَ لا يجوزُ.

وكذا إذا قالَ: اشْتَرِ لي مملوكًا، أوْ حيوانًا، وَبَيَّنَ الثَّمَنَ؛ لا يجوزُ؛ لأنَّ الاسمَ يقَعُ علىٰ أنواعٍ مختلفةٍ، فما لَمْ يُبيِّنِ النَّوعَ لا يَجوزُ.

وجَهَالَةٌ يسيرةٌ، وهيَ ما كانتْ في النَّوعِ المحْضِ، كما لوْ وكَّلَه بشراءِ حِمَارٍ، أوْ فرَسٍ، أوْ ثوبٍ يهودِيٍّ[٤]؛ يصحُّ وإنْ لَمْ يُبيِّنِ الثَّمَنَ، لِمَا رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ: «أَنَّهُ وَكَّلَ حَكِيمَ بْنَ حِزَامٍ بِشِرَاءِ شَاةٍ لِلأُضْحِيَّةِ»[٥]. وجعلَ جَهَالَةَ النَّوعِ عفوًا.

ولأنَّ التَّفاوُتَ بيْنَ النَّوعِ والنَّوعِ يسيرٌ، فلا يَمْنَعُ الامتثالَ، لكنْ تنصرفُ الوَكَالَةُ إلىٰ ما يليقُ بحالِ المُوكِّلِ، حتَّىٰ إنَّه لوْ كانَ كنَّاسًا، أوْ فاليزِيًّا[٦]، فاشْتَرَىٰ

---

(١) في «د»: بشراء شيء.
(٢) الكِرْباسُ ـ بكسْر الكاف ـ: هي الثياب الخَشِنة. وقد تقدم التعريف بذلك.
(٣) وقع بالأصل: «الأجناس». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٤) في «غ»، و«م»: «هَرَوِيّ».
(٥) مضىٰ تخريجه.
(٦) فاليزِيًّا: نِسْبة إلىٰ «الفاليز»! ولَمْ نهتَدِ إلىٰ معناه بعد مزيد التتبع، لكن وقَع ذِكْرُه في جملة مِن كُتُب=

. . . .

الوَكِيلُ حمارًا [٦/١٣و/م] مصْريًّا بألفٍ؛ لا يلزمُ الآمِرَ.

وكذا لو وَكَّلَ واحدٌ مِنَ العوَامِّ رَجُلًا أن يَشْتَرِي له فرَسًا، فاشْتَرَىٰ مركبًا يَصْلُحُ للمُلوكِ؛ لا يلزمُ الآمِرَ.

والثَّالثةُ: ما يكونُ بيْنَ الجنسِ والنَّوعِ، كما لوْ وكَّلَه بشراءِ عبْدٍ أوْ جَارِيَةٍ أنْ يُبيِّنَ الثَّمَنَ أوِ الصِّفَةَ؛ بأنْ قالَ: تُركيًّا، أوْ هنديًّا، أوْ رُومِيًّا؛ صحَّتِ الوَكَالَةُ، وإنْ لَمْ يُبيِّنِ الثَّمَنَ أوِ الصِّفَةَ؛ [لا يصحُّ][1]؛ لأنَّ اختِلافَ [٢/٢٩١ظ] العبيدِ والجَوَارِي أكثرُ مِن اختِلافِ سائِرِ الأنْواعِ، وعادةُ النَّاسِ في ذلِكَ مُختلفةٌ، وكانَتْ بيْنَ الجنسِ والنَّوعِ.

وكذا الدَّارُ مُلْحَقةٌ بالجنسِ مِن وَجْهٍ؛ لأنَّها مختلِفةٌ بِقِلَّةِ المَرافِقِ وكثْرتِها، فإنْ بَيَّنَ الثَّمَنَ؛ أُلحِقَتْ بجهالةِ النَّوعِ، وإنْ لَمْ يُبيِّنْ أُلحقَتْ بجهالةِ الجنسِ.

والمتأخِّرونَ قالوا في ديارِنا: لا يجوزُ بِدونِ بَيانِ المحلَّةِ؛ لأنَّها تَختلِفُ باختِلافِ المحلَّةِ، وبِما سَمَّىٰ مِنَ الثَّمَنِ.

وكذا لوْ قالَ: اشْتَرِ لي حِنْطَةً؛ لا يصحُّ، ما لَمْ يُبيِّنْ عددَ القُفْزَانِ أوِ الثَّمَنَ؛ لأنَّ اسمَ الحِنْطَةِ يتناوَلُ القليلَ والكثيرَ، فما لَمْ يُبيِّنِ المقْدارَ، أوِ الثَّمَنَ؛ لا يَجوزُ.

قولُه: (مِنْ تَسْمِيَةِ جِنْسِهِ وَصِفَتِهِ).

والجنسُ: كالعبدِ والجَارِيَةِ، والصِّفَةُ: كالتُّرْكِيِّ والحَبَشِيِّ، على ما يَجِيءُ بيانُه في المتْنِ.

= الحنفية، مما يُفْهَم منها: أنه شيءٌ مطْعوم له بَذْرٌ يُزْرَع في الأرض. ينظر: «المحيط البرهاني» لابن مَازَة البخاري [٣/٥١٣]، و«الفتاوى الهندية» [٣/٥١٣].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

ثم إنْ كَانَ اللَّفْظُ [٥٩/ط] يَجْمَعُ أَجْنَاسًا أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الأَجْنَاسِ لَا يَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَإِنْ بَيَّنَ الثَّمَنَ) ؛ لِأَنَّ بِذَلِكَ الثَّمَنِ يُوجَدُ مِنْ كُلِّ جِنْسٍ فَلَا يُدْرَىٰ مُرَادُ الْآمِرِ لِتَفَاحُشِ الْجَهَالَةِ (وَإِنْ كَانَ جِنْسًا يَجْمَعُ أَنْوَاعًا لَا يَصِحُّ إِلَّا بِبَيَانِ الثَّمَنِ أَوْ النَّوْعِ) ؛ لِأَنَّهُ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ النَّوْعُ مَعْلُومًا ، وَبِذِكْرِ النَّوْعِ تَقِلُّ الْجَهَالَةُ فَلَا تَمْنَعُ الِامْتِثَالَ.

مِثَالُهُ: إِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ أَوْ جَارِيَةٍ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يَشْمَلُ أَنْوَاعًا فَإِنْ بَيَّنَ النَّوْعَ كَالتُّرْكِيِّ وَالْحَبَشِيِّ والسِّنْدِيِّ وَالْمُوَلَّدِ جَازَ ، وَكَذَا إِذَا بَيَّنَ الثَّمَنَ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَوْ بَيَّنَ النَّوْعَ أَوْ الثَّمَنَ وَلَمْ يُبَيِّنْ الصِّفَةَ وَالْجَوْدَةَ وَالرَّدَاءَةَ وَالسِّطَةَ جَازَ ؛ لِأَنَّهُ جَهَالَةٌ مُسْتَدْرَكَةٌ ، وَمُرَادُهُ مِنْ الصِّفَةِ الْمَذْكُورَةِ فِي الْكِتَابِ النَّوْعُ.

وفي: «الجامع الصغير»: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ اشْتَرِ لِي ثَوْبًا أَوْ دَابَّةً أَوْ دَارًا فَالْوَكَالَةُ بَاطِلَةٌ) لِلْجَهَالَةِ الْفَاحِشَةِ ، فَإِنَّ الدَّابَّةَ فِي حَقِيقَةِ اللُّغَةِ اسْمٌ لِمَا يَدِبُّ عَلَىٰ وَجْهِ الْأَرْضِ.

وَفِي الْعُرْفِ يُطْلَقُ عَلَىٰ الْخَيْلِ وَالْحِمَارِ وَالْبَغْلِ فَقَدْ جَمَعَ أَجْنَاسًا ، وَكَذَا

غاية البيان

قولُه: (إنْ كَانَ اللَّفْظُ يَجْمَعُ أَجْنَاسًا) ، كالدَّابَّةِ والثَّوْبِ.

قولُه: (أَوْ مَا هُوَ فِي مَعْنَىٰ الأَجْنَاسِ) ، كالدَّارِ.

قولُه: (وَالمُوَلَّد) ، وهوَ ما كانَ مِنَ الرَّقيقِ مولودًا في البيتِ ، لا مجْلُوبًا.

قولُه: (لِمَا ذَكَرْنَاهُ) ، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (لِأَنَّ بِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ يَصِيرُ النَّوْعُ مَعْلُومًا).

قولُه: (وَالسِّطَة) ، السِّطَةُ: مصدرُ قولِهم: وسَطْتُ القومَ سِطَةً ، أيْ: توسَّطْتُهُمْ ، قالَ تَعالىٰ: ﴿فَوَسَطْنَ بِهِۦ جَمْعًا﴾ [العاديات: ٥] ، وهوَ بمعْنىٰ: الوسطِ ، كالعِدَةِ والوَعْدِ ، والعِظَةِ والوَعْظِ.

الثَّوْبُ؛ لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ المَلْبُوسَ مِنَ الأَطْلَسِ إِلَى الكِسَاءِ وَلِهَذَا لَا يَصِحُّ تَسْمِيَتُهُ مَهْرًا وَكَذَا الدَّارُ تَشْمَلُ مَا هُوَ فِي مَعْنَى الْأَجْنَاسِ؛ لِأَنَّهَا تَخْتَلِفُ اخْتِلَافًا فَاحِشًا بِاخْتِلَافِ الْأَغْرَاضِ وَالْجِيرَانِ وَالْمَرَافِقِ وَالْمَحَالِّ وَالْبُلْدَانِ فَيَتَعَذَّرُ الِامْتِثَالُ.

قَالَ: وَإِنْ سَمَّى ثَمَنَ الدَّارِ وَوَصَفَ جِنْسَ الدَّارِ وَالثَّوْبِ جَازَ) مَعْنَاهُ نَوْعُهُ، وَكَذَا إِذَا سَمَّى نَوْعَ الدَّابَّةِ بِأَنْ قَالَ حِمَارًا.

قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ: اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا؛ ....

غاية البيان

قولُه: (لِأَنَّهُ يَتَنَاوَلُ المَلْبُوسَ مِنَ الأَطْلَسِ إِلَى الكِسَاءِ)، وكأنَّه أرادَ بالأَطْلَسِ: الأرفَعَ مِنَ الثِّيابِ، ومِن الكِساءِ: أدْوَنَها، ولَمْ يَرِدْ في اللغةِ هكذا.

قالَ صاحبُ «الجمهرة»: «الطُّلْسةُ: كُدْرةٌ في غُبرةٍ، والذِّئبُ أطْلَسُ، وكذلكَ لونُ كلِّ شيءٍ يُشْبِهُهُ، يُقالُ: طَلِسَ يَطْلَسُ طَلَسًا»(١).

وقالَ في «تهذيب ديوان الأدب»: «الأَطْلَسُ على لونِ الذِّئبِ، يُقالُ: ذِئبٌ أطْلَسُ، والأَطْلَسُ: الخَلِقُ مِنَ الثِّيابِ»(٢).

ولِبعضِ الفُضَلاءِ(٣):

الإِنْسُ مُشْتَقٌّ مِنَ الأُنْسِ ❊ وَالأُنْسُ أَنْ تَنْأَى عَنِ الإِنْسِ
ثِيَابُهُمْ مُلْسٌ وَلَكِنَّهَا ❊ عَلَى ذِئَابٍ مِنْهُمُ طُلْسِ

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَى آخَرَ دَرَاهِمَ وَقَالَ: اشْتَرِ لِي بِهَا طَعَامًا [٦/١٣ظ/م]؛

(١) ينظر: «جمهرة اللغة» لابن دريد [٢/٨٣٦].
(٢) ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارابي [١/٢٦٨].
(٣) هذان البيتانِ غيرُ منسوبَيْنِ في جملة أبياتٍ أُخرىٰ في: «المقامات» للزمخشريّ [ص/٨٥]. ومُراد المؤلِّف مِن الشاهد: الاستدلال به على أن الأَطْلَس هو الأغبَر.

فَهُوَ عَلَىٰ الحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا.

غاية البيان

فَهُوَ عَلَىٰ الحِنْطَةِ وَدَقِيقِهَا)، أيْ: قالَ في «**الجامع الصغير**»(١)، في البيوعِ، في أوَّلِ بابِ الوَكَالَة بالبَيْع والشِّرَاء.

قالَ محمَّدٌ في «الأصل»: «وإنْ دفَعَ إليْهِ دراهِمَ وقالَ: اشْتَرِ لي طعامًا، فاشْتَرَىٰ لَهُ بِها حِنْطَةً؛ جازَ ذلِكَ عَلىٰ الآمِرِ، وإنِ اشْتَرَىٰ بها لحمًا أوْ فاكهةً؛ لَمْ يَجُزْ عَلىٰ الآمِرِ، أستَحْسِنُ ذلِك، وإنِ اشْتَرَىٰ بِها دقيقًا، أوْ خُبزًا: فإنِ كانَ ذلكَ يُشْتَرَىٰ بمِثْلِ تِلكَ الدَّراهم؛ فهُوَ جائزٌ على الآمِرِ، وإنْ كانتْ دراهِم كثيرة لا يُشْتَرَىٰ بها مِثْلُ ذلكَ؛ لَمْ يَجُز ذلكَ على الآمِرِ.

وإنْ لَمْ يدفَعْ إليهِ شيئًا وقالَ: اشْتَرِ لي حِنْطَةً، فاشْتَرَىٰ له حِنْطَةً؛ فإنَّه لا يجوزُ على الآمِرِ مِن قِبَلِ أنَّه لَمْ يُسَمِّ لَه كَمْ يَشْتَرِي»(٢). كَذا في «**الأصل**»، في بابِ الوَكَالَة بِالشِّرَاءِ والبَيْعِ الَّذي لا يَجوزُ عَلىٰ صاحِبِه.

وأرادَ بِالدَّقيقِ والخُبزِ: دقيقَ الحِنْطَةِ وخُبْزَ الحِنْطَةِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ بِشراءِ الطَّعامِ إذا اشْتَرَىٰ الشَّعِيرَ؛ لا يجوزُ، فكذا إذا اشْتَرَىٰ دقِيقَه وخُبْزَه.

ألَا تَرىٰ إلىٰ ما نصَّ محمَّدٌ في «**الأصل**» في باب الوَكَالَة في السَّلَمِ بقولِه: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أنْ يُسَلِّمَ لَه دراهمَ في طعامٍ؛ فالطَّعامُ عندَنا: الحِنْطَةُ، أستَحْسِنُ ذلِكَ، فإنْ أسلَمَ في شَعِيرٍ، أوْ تمرٍ، أوْ في سِمْسِمٍ؛ فهُوَ جائزٌ عَلىٰ الوَكِيلِ، ولا يَجوزُ على الآمِرِ»(٣). إلىٰ هُنا لفْظُ «**الأصل**».

وَالقياسُ: أنْ يتناوَلَ كلَّ طعامٍ مِنَ الفاكِهةِ واللَّحمِ وغيرِ ذلِكَ؛ لأنَّ الطَّعامَ اسمٌ لِمَا يُطْعَمُ، وهوَ عامٌّ، ولِهذا لوْ أوصَىٰ بالطَّعامِ: يدخُلُ فيهِ كلُّ مطعومٍ، ولهذا

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٣].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/ ٢٦٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) المصدر السابق [٥/ ٧٣].

وَالْقِيَاسُ أَنْ يَكُونَ عَلَىٰ كُلِّ مَطْعُومٍ اعْتِبَارًا لِلْحَقِيقَةِ كَمَا فِي الْيَمِينِ عَلَىٰ الْأَكْلِ إِذْ الطَّعَامُ اسْمٌ لِمَا يُطْعَمُ.

لَوْ حلَفَ ألَّا يأكلَ طعامًا؛ كانَ عامًّا فيما يُطْعَمُ، وهوَ ما يتأتَّىٰ فيهِ المضْغُ والابتِلاعُ، فكذا هذا.

وَجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّ الطَّعامَ في عُرْفِهم يتناوَلُ [٢/٢٩٢و] الحِنْطَةَ ودَقِيقَها إذا ذُكِرَ مقْرونًا بِالشِّرَاءِ، ولهذا يُسمَّىٰ عندَهم السُّوقُ الَّتي يُباعُ فيها الحِنْطَةُ ودَقِيقُها: سُوقَ الطَّعامِ، وإذا كانَ العُرْفُ هكذا تُرِكَ القياسُ بِه؛ لأنَّ العُرْفَ أقوىٰ مِنَ القِياسِ؛ لأنَّ الثَّابتَ بِالعُرْفِ كالثَّابتِ بِالنَّصِّ، ولا عُرْفَ في اليَمِينِ والوَصِيَّةِ، فبَقِيَ مُطْلَقُ الطَّعامِ مُرادًا، كَما هُو أصلُ الوضْعِ.

قالَ في «الفتاوىٰ الصّغرىٰ»[1]: «قالَ شيخُ الإسْلامِ خُواهَر زَادَه: إنْ كانتِ الدَّراهمُ كثيرةً، بحيثُ يُشْتَرَىٰ بِها الحِنْطَةُ لا الدّقيقُ والخُبْزُ، فاشْتَرَىٰ بها الوَكِيلُ خُبزًا أوْ دقِيقًا؛ لا يجوزُ علَىٰ المُوَكِّلِ، وإنْ كانتْ وسطًا يُشْتَرَىٰ بها الحِنْطَةُ أوِ الدَّقِيقُ، فاشْتَرَىٰ بها الوَكِيلُ الحِنْطَةَ أوِ الدقيقَ؛ جازَ، ولوِ اشْتَرَىٰ بها الخُبْزَ لا يجوزُ، وإنْ [٦/١٤و/م] كانتْ قليلةً، بحيثُ لا يُشْتَرَىٰ بمِثْلِها في العُرْفِ إلَّا الخُبْزُ؛ فإنَّه يجوزُ إذا اشْتَرَىٰ الخبزَ».

وذكرَ الصدرُ الشهيدُ في أوّلِ باب الوَكَالَة بالبَيْعِ والشِّرَاءِ مِن بُيوعِ «**الجامع الصغير**»: «قالَ الفَقيهُ أبو جعْفرٍ: إنْ كثرَتِ الدَّراهمُ فعلَىٰ الحِنْطَةِ، وإنْ قلَّتْ؛ فعلَىٰ الخُبزِ، وإنْ كانتْ بيْنَ ذلِكَ؛ فَعلىٰ الدَّقيقِ».

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «ما ذكرَ محمَّدٌ: عُرْفُهم، أمَّا في عُرْفِنا: فالطَّعامُ ما يُمْكِنُ أكْلُه مِن غَيرِ إدامٍ، كاللَّحمِ المطْبوخِ والمشْوِيِّ ونحوِه، فتنصَرِفُ الوَكَالَةُ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٤].

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ وَهُوَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ إِذَا ذُكِرَ مَقْرُونًا بِالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَلَا عُرْفَ فِي الْأَكْلِ فَبَقِيَ عَلَى الوَضْعِ، وَقِيلَ: إِنْ كَثُرَتِ الدَّرَاهِمُ فَعَلَىٰ الْحِنْطَةِ، وَإِنْ قَلَّتْ فَعَلَى الخُبْزِ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا بَيْنَ ذَلِكَ فَعَلَىٰ الدَّقِيقِ.

غاية البيان

إلىٰ ذلكَ دونَ الدَّقيقِ والحِنْطَةِ والخُبْزِ، والفتْوىٰ علىٰ هَذا.

وفي «القُدُورِيِّ» عن أبي يوسُف: إذا كانَ ثَمَّةَ وليمةٌ، فدفعَ إليه دراهِمَ كثيرةً، فهُو علىٰ الخُبزِ، وإذا وكَّلَه بشراءِ اللَّحمِ بدرْهمٍ، فاشْتَرَىٰ المطبوخَ أو المشْوِيَّ منهُ؛ لا يجوزُ علىٰ الآمِرِ، إلَّا إذا كانَ مسافرًا نزَلَ خانًا.

ولحْمُ الطَّيرِ أوِ الوحشِ يَجوزُ عليْهِ إنْ كانَ في بلدٍ يُباع في أسوَاقِه منهُ فيَشْتَرِي الناسُ، وشِرَاءُ الشَّاةِ الحيَّةِ، أوِ المذْبوحةِ؛ لا يَجوزُ عليْه وإنْ سَمَّىٰ في الأمْرِ بعشرةِ دراهمَ، إلَّا أنْ تكونَ مسْلوخةً، ولو أمَرَه بشراءِ البَيْض؛ فهوَ عَلىٰ بَيْضِ الدَّجاجةِ، بخلافِ اليَمينِ علىٰ أكْلِ البَيْضِ، حيثُ يقَعُ عَلىٰ بَيْضِ الطَّيرِ»[1]. هذا كلُّه في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»، كتَبْتُه تكثيرًا للفوائِدِ.

قولُه: (أَنَّ العُرْفَ أَمْلَكُ)، أيْ: أقوَىٰ مِنَ القياسِ.

قولُه: (وَهُوَ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَاهُ)، أيِ: العُرْفُ واقِعٌ على الحِنْطَةِ ودَقِيقِها، وقدْ مَرَّ البيانُ.

قولُه: (فَبَقِيَ عَلَى الوَضْعِ)، وهوَ أنَّ الطعامَ اسْمٌ لِمَا يُطْعَمُ.

قولُه: (وَقِيلَ: إِنْ كَثُرَتِ الدَّرَاهِمُ)... إلىٰ آخِرِه، وهذا قولُ الفَقيهِ أَبي جعْفرٍ الهِنْدُوَانِيِّ، وقدْ مَرَّ قبْلَ هَذا.

قولُه: (وَإِنْ قَلَّتْ فَعَلَى الخُبْزِ)، لأنَّه لا يُدَّخَرُ عادةً.

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٤ ـ ١٦٥].

قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ الوَكِيلُ وَقَبَضَ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ، ....

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا اشْتَرَىٰ الوَكِيلُ وَقَبَضَ، ثُمَّ اطَّلَعَ عَلَىٰ عَيْبٍ؛ فَلَهُ أَنْ يَرُدَّهُ بِالعَيْبِ مَا دَامَ المَبِيعُ فِي يَدِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «فإنْ سَلَّمَه إلىٰ المُوَكِّلِ؛ لَمْ يَرُدَّه إلا بإذْنِه»(١)، وذلِكَ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ راجعةٌ إلىٰ الوَكِيلِ في باب البِيَاعَات، والرَّدُّ بِالعَيْبِ مِن حُقُوقِ العَقْدِ، فيَرُدُّه الوَكِيلُ ما دامَ في يدِه، بخلافِ ما إذا سَلَّمَه إلىٰ المُوَكِّلِ حيثُ لا يَرُدُّه إلا بإذنِه؛ لأنَّه انقطَعَ حقُّ الوَكِيلِ بانتِهاءِ الوَكَالَةِ.

ولهذا قالوا: إذا سَلَّمَه إلىٰ المُوَكِّلِ؛ لَمْ يكُن لِلشَّفِيعِ أنْ يُطالِبَ الوَكِيلَ بِالشُّفْعَةِ؛ لأنَّه خرَجَ مِنَ الوَكَالَةِ وانقطَعَ حقُّه، كذلِكَ هذا.

قالَ محمَّدُ بنُ الحسنِ في «الجامع الكبير»: «الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذا اشْتَرَىٰ جَارِيَةً ودفَعَها إلىٰ الآمِرِ، ثمَّ عَلِمَ بعيبٍ [٦/١٤ظ/م]؛ فإنَّه لا يردُّها إلَّا برضا الآمِرِ، فإنْ لَمْ يدْفَعْها إلىٰ الآمِرِ، فلَه أنْ يُردَّها، فإنْ رَضِيَ بِالعَيْبِ، أوْ أبرأَ البَائِعَ عنِ العَيْبِ، وقدْ أمَرَهُ الآمِرُ بردِّها؛ صحَّ رِضاهُ، وإبراؤُه في حقِّه دونَ [٢/٢٩٢ظ] الآمِرِ، حتَّىٰ كانَ للآمِرِ أنْ يأخُذَ الجَارِيَةَ معَ العَيْبِ، وإنْ شاءَ ترَكَها علىٰ المَأْمُورِ، وضَمَّنَه الثَّمَنَ»(٢).

قالوا في «شروح الجامع الكبير»: «وهذِه المَسْألةُ حُجَّةٌ لأبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﵄ علىٰ أبي يوسُفَ في مسألةِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ، إذا أبرأَ المُشْتَرِي عنِ الثَّمَنِ، فلَوْ لَمْ يكُنِ الإبراءُ عنِ الثَّمَنِ صَحِيحًا ثَمَّةَ في حقِّ الآمِرِ؛ لَمْ يصحَّ الإبراءُ عنِ العَيْبِ ههُنا».

أيضًا مِن المشايخِ مَن قالَ: تأويلُ ما ذكرَ ههُنا: إذا أبرأَ الوَكِيلُ البَائِعَ عنِ العَيْبِ قبلَ القَبْضِ؛ لأنَّ قبْلَ القَبْضِ العَيْبُ لا حِصَّةَ لَه مِن الثَّمَنِ؛ بدليلِ أنَّ البَائِعَ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٥ - ١١٦].
(٢) ينظر: «الجامع الكبير» لمحمد بن الحسن [ص/٣٢١].

. . . .

إذا صالَحَ المُشْتَرِي عنِ العَيْبِ علىٰ ثوبٍ بعَيْنِه قبْلَ القَبْضِ ؛ لَمْ يكُنْ للثَّوْبِ حِصَّةُ العَيْبِ ، بلْ يَصيرُ كأنَّ البائِعَ زادَ في المَبيعِ ثوبًا ، حتَّىٰ يُقْسَمَ الثَّمَنُ عليهِما علىٰ قَدْرِ قيمتِهِما ، فإذا لَمْ يكُنْ لِلعَيْبِ حِصَّةٌ مِنَ الثَّمَنِ ؛ لَمْ يكُنْ إبْراءُ البائِعِ عَنِ العَيْبِ إبراءً عَن شيءٍ مِنَ الثَّمَنِ ، فَيصحُّ.

فأمَّا بعدَ القَبْضِ: لا يصحُّ الإبراءُ عندَ أَبي يوسُف ؛ لأنَّ للعَيْبِ بعدَ القَبْضِ حِصَّةً مِنَ الثَّمَنِ ؛ بدليلِ أنَّ الصُّلْحَ لوْ كانَ بعدَ القَبْضِ ؛ كانَ الثَّوْبُ حِصَّةَ العَيْبِ ، حتَّىٰ لوْ وجَدَ بِه عيبًا ؛ يَرُدُّه بقَدْرِ نُقْصانِ العَيْبِ مِنَ الثَّمَنِ ، فكانَ الإبراءُ عنِ العَيْبِ إبراءً عَن بعضِ الثَّمَنِ ، فَلا يصحُّ عندَهُ.

ومنهُم مَن قالَ: لا ، بَلْ صحَّ الإبراءُ عنِ العَيْبِ عِندَ الكُلِّ قبْلَ القَبْضِ وبعْدَه.

وفرَّقُوا لأبي يوسُف: بيْنَ إبْراءِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ عَن العَيْبِ ، وبيْنَ إبْراءِ الوَكِيلِ بالبَيْعِ عنِ الثَّمَنِ.

والفرْقُ: هوَ أنَّه لا ضرَرَ للآمِرِ في إبْراءِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ عَن العَيْبِ ، فإنَّ للآمِرِ أنْ يتْرُكَها علىٰ المَأْمُورِ ، أمَّا في إبراءِ الوَكِيلِ بالبَيْعِ عَن الثَّمَنِ لَه ضرَرٌ ؛ لأنَّه لوْ صحَّ الإبراءُ كانَ الثَّمَنُ علىٰ الوَكِيلِ ، ويبْرَأُ المُشْتَرِي ، وربَّما يكونُ المُشْتَرِي أمْلأَ مِن الوَكِيلِ ، فافتَرَقا مِن هذا الوجْهِ.

فإنْ لَمْ يخْتَرِ الآمِرُ شيئًا حتَّىٰ هلكَتْ في يدِ المَأْمُورِ ؛ فإنَّها تهلِكُ مِن مالِ الآمِرِ ؛ لأنَّ يدَه كيَدِ المالِكِ في حقِّ المِلْكِ ما لَمْ يُحْدِثْ منْعًا ، ويَرْجِعُ الآمِرُ على المَأْمُورِ بِنُقْصَانِ العَيْبِ ؛ لأنَّ الآمِرَ مُشْتَرِي منه حُكْمًا ، وقد وجَدَ بِها عيبًا ، وعجزَ عن ردِّها بموتِها في يدِه حُكْمًا ، وكذا إذا لَمْ تَمُتْ ، لكِنِ اعورَّتْ في يدِ الوَكِيلِ ؛ يَرْجِعُ المُوَكِّلُ عليهِ بنقصانِ العَيبِ ؛ لأنَّ الاعْوِرَارَ عَيْبٌ حدَثَ في يدِ الآمِرِ حُكْمًا.

وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ.

(فَإِنْ سَلَّمَهُ إِلَى الْمُوَكِّلِ لَمْ يَرُدَّهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ)؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى حُكْمُ الْوَكَالَةِ، وَلِأَنَّ فِيهِ إِبْطَالَ يَدِهِ الْحَقِيقِيَّةِ فَلَا يَتَمَكَّنُ مِنْهُ إِلَّا بِإِذْنِهِ وَلِهَذَا كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدَّعِي فِي الْمُشْتَرَى دعوى كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ قَبْلَ التَّسْلِيمِ إِلَى الْمُوَكِّلِ لَا بَعْدَهُ.

قال: وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ؛ لِأَنَّهُ عَقْدٌ يَمْلِكُهُ بِنَفْسِهِ

غاية البيان

كذا ذكرَه الإمامُ [٦/١٥و/م] العَتَّابِيُّ في «شرْح الجامع الكبير»، والبَاقِي يُعْلَمُ في «شروح[1] الجامع الكبير».

قولُه: (وَهِيَ كُلُّهَا إِلَيْهِ)، أي: الحُقُوقُ كلُّها إلى الوَكِيلِ.

قولُه: (وَلِهَذَا كَانَ خَصْمًا لِمَنْ يَدَّعِي فِي الْمُشْتَرَى)، أيْ: ولأجْلِ أنَّ حُقُوقَ العَقْدِ كلَّها إلى الوَكِيلِ كانَ الوَكِيلُ خصْمًا للمُدَّعِي قبْلَ التَّسْلِيمِ إلى المُوَكِّلِ لا بَعْدَه.

قولُه: (كَالشَّفِيعِ وَغَيْرِهِ)، كالصبيِّ المَأْذُونِ بِالشِّرَاءِ.

قولُه: (وَيَجُوزُ التَّوْكِيلُ بِعَقْدِ الصَّرْفِ وَالسَّلَمِ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2]، وذلكَ لِمَا ذكَرَ في أوَّل كتابِ الوَكَالَةِ بِقولِه: (كُلُّ عَقْدٍ جَازَ أَنْ يَعْقِدَهُ الإِنْسَانُ بِنَفْسِهِ؛ جَازَ أَنْ يُوَكِّلَ بِهِ غَيْرَهُ).

وعَقْدُ الصَّرْفِ والسَّلَمِ يجوزُ أنْ يُبَاشِرَه المُوَكِّلُ بنفسِه، فجازَ تَوْكيلُه غيرَه، ولكنْ يَرِدُ على هذا إذا وَكَّلَ المُسْلَمُ إليْه رَجُلًا بقبولِ عَقْدِ السَّلَمِ؛ فإنَّه لا يجوزُ، مَعَ أنَّ مباشرةَ المُوَكِّلِ بنفسِه تَجوزُ.

فجوابُه: أنَّ القياسَ ألَّا يَمْلِكَه المسْلمُ إليْه أيضًا؛ لكونِه بَيْعَ المَعْدُومِ، إلَّا أنَّه

(١) وقع بالأصل: «شرح». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٦].

فَيَمْلِكُ التَّوْكِيلَ بِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، ....

غاية البيان

جُوِّزَ ذلكَ مِن المُسْلَمِ إليْهِ رُخصةً له، دفعًا لحاجةِ المَفَالِيسِ، وقد رُوِيَ: «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ نَهَىٰ عَنْ بَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَ الإِنْسَانِ، وَرَخَّصَ فِي السَّلَمِ»(١)، وما ثَبَتَ بخِلافِ القياسِ يقْتصرُ علىٰ مَوْرِدِ النَّصِّ، فلَمْ يَجُزْ توكيلُه غيرَه.

أوْ نقولُ: جازَ بَيْعُ المَعْدُومِ ضَرُورَةَ دفْعِ حاجةِ المَفالِيسِ، والثابتُ بالضَّرورةِ يتقدَّرُ بقَدْرِ الضَّرُورَةِ، فلَمْ يظْهَرْ أثَرُه [٢/٢٩٣و] في التَّوْكِيلِ، ولَمْ يَرِدْ نَقْضًا على الكُلِّيِّ الَّذي قالَه القُدُورِيُّ؛ لأنَّ تملُّكَ المُسْلَمِ إليْهِ العَقْدَ بنَفْسِه لِعارِضِ الضَّرُورَةِ، والعَوارِضُ لا تقْدَحُ في القواعِدِ، هذا ما سَمَحَ بِه خاطِرِي في هذا المقامِ.

قالَ محمَّدٌ في «الأصل» في أوَّلِ بابِ الوَكَالَةِ في الصَّرْفِ: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا، ودفَعَ إليْهِ عشرةَ دنانيرَ يَصْرِفُها بدراهمَ؛ فهوَ جائزٌ، ولا يُفْسِدُ ذلكَ غَيْبَةُ ربِّ الدَّنانيرِ عنِ الصَّرْفِ؛ لأنَّه لَمْ يلزمِ العُقْدة، إنَّما وَلِيَ العُقْدةَ الوَكِيلُ، وإذا وَكَّلَ رَجُلًا يَصْرِفُ له دراهمَ، ووَكَّلَ آخَرُ رَجُلًا بدنانيرَ يَصْرِفُها، فالتقَىٰ الوكيلانِ وتصارَفا؛ فهوَ جائزٌ، ولا يُفْسِدُ ذلكَ غَيْبَةُ المُوَكِّلينِ»(٢). إلىٰ هنا لَفْظُ «الأصل».

وقالَ محمَّدٌ ﷺ في «الأصل» في أوَّلِ بابِ الوَكَالَةِ في السَّلَمِ: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أنْ يُسْلِمَ له عشرةَ دراهمَ في كُرِّ حِنْطَةٍ، فأسْلَمَها إلىٰ رَجُلٍ، واشترطَ ضرْبًا مِن الحِنْطَةِ معلومًا وأجَلًا معلومًا، وسَمَّىٰ المكانَ الذي يوفيهِ فيه وَكِيلًا مُسَمًّىٰ؛ فهوَ [٦/١٥ظ/م] جائزٌ، وللوكيلِ أنْ يَقْبِضَ الطعامَ إذا حَلَّ.

وإنْ كانَ الوَكِيلُ نَقَدَ الدَّراهمَ مِن عندِه، ولَمْ يدْفَعْ إليهِ الَّذي وكَّلَه شيئًا؛ فهْوَ جائزٌ، والطعامُ للَّذي وكَّلَه، والدَّراهمُ دَيْنٌ للوَكِيلِ علىٰ المُوَكِّلِ، فإذا قبضَ الوَكِيلُ

---

(١) مضىٰ تخريجه.

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٩٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَمُرَادُهُ: التَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ دُونَ قَبُولِ السَّلَمِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَجُوزُ، فَإِنَّ الْوَكِيلَ يَبِيعُ طَعَامًا فِي ذِمَّتِهِ عَلَىٰ أَنْ يَكُونَ الثَّمَنُ لِغَيْرِهِ، وَهَذَا [٦٠/و] لَا يَجُوزُ.

فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ القَبْضِ؛ بَطَلَ العَقْدُ؛ لِوُجُودِ الِافْتِرَاقِ مِنْ

غاية البيان

الطعامَ؛ فلَه أنْ يحْبِسَه عندَه حتَّىٰ يَقْبِضَ الدَّراهمَ مِن المُوَكِّلِ ويَسْتَوْفيها»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ «الأصل».

قولُه: (وَمُرَادُهُ: التَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ)، أيْ: مُرادُ القُدُورِيِّ بالتَّوكيلِ بعَقْدِ السَّلَمِ: التَّوْكِيلُ بِالإِسْلامِ، يعْني: أنَّ المُرادَ منهُ التَّوْكِيلُ بعَقْدِ السَّلَمِ مِن جهةِ ربِّ السَّلَمِ دونَ قبولِ السَّلَمِ؛ لأنَّ ذلكَ يَجوزُ، وهذا لا يَجوزُ؛ لأنَّه لوْ صحَّ التَّوْكِيلُ؛ يلزمُ أنْ يكونَ المَبِيعُ في ذِمَّةِ الوَكِيلِ عَلىٰ أنْ يكونَ الثَّمَنُ لغيرِه وهوَ المُوَكِّلُ، وهوَ لا يجوزُ؛ لأنَّ مَن باعَ مِلْكَ نفْسِه مِن الأعيانِ عَلىٰ أنْ يكونَ الثَّمَنُ لِغيرِه؛ لَمْ يَجُزْ، فكذلِكَ في الدُّيُونِ لا يجوزُ. نصَّ علىٰ ذلِكَ مُحمَّدٌ في باب الوكالة[٢] في السَّلَمِ.

فقالَ[٣]: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أنْ يأخُذَ له دراهمَ في طعام، فأخذَ الوَكِيلُ دراهمَ في طعامٍ مُسمًّىٰ إلىٰ أجَلٍ مُسمًّىٰ، ثمَّ دفعَها إلىٰ الَّذي وكَّلَه؛ فالطَّعامُ علىٰ الوَكِيلِ، وإنَّما للوَكِيلِ عَلىٰ الَّذي وكَّلَه دراهمُ قرْضٍ»[٤]. إلىٰ هُنا لفْظُ محمَّدٍ ﷺ.

والمعْنىٰ في بُطلانِ التَّوْكِيلِ مَا قُلْنا، فإذا بَطَلَ التَّوْكِيلُ بقِيَ الوَكِيلُ عاقدًا لنفسِه، فمَلَكَ رأسَ المالِ، فلَمَّا سَلَّمَه إلىٰ المُوَكِّلِ عَلىٰ وَجْهِ التَّمْلِيكِ؛ كانَ قرْضًا عليهِ.

قولُه: (فَإِنْ فَارَقَ الوَكِيلُ صَاحِبَهُ قَبْلَ القَبْضِ؛ بَطَلَ العَقْدُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ

(١) ينظر: المصدر السابق [٣٠٤/١١].
(٢) وقع بالأصل: «باب البيوع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٣) أي: محمد بن الحسن ﷺ.
(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» لمحمد بن الحسن الشيباني [٧٤/٥].

غَيْرِ قَبْضٍ (وَلَا يُعْتَبَرُ مُفَارَقَةُ الْمُوَكِّلِ) ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَاقِدٍ وَالْمُسْتَحَقُّ بِالعَقْدِ قَبْضُ

في «مختصره»[1] ، أيْ: إنْ فارَقَ الوَكِيلُ بعَقْدِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ صاحبَه الَّذي عَقَدَ معَه قبْلَ القَبْضِ ؛ بَطَلَ العَقْدُ ؛ لأنَّ مِن شرْطِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ قبْضَ البدلِ في المجلسِ ، وقبْضُ البدَلِ مِن حُقُوقِ العَقْدِ ، وهيَ تتعَلَّقُ بالعاقِدِ ، وهوَ الوَكِيلُ.

فإذا وُجِدَ القَبْضُ مِنَ الوكيلَيْنِ في الصَّرْفِ والسَّلَمِ في المجلِسِ ؛ صحَّ العَقْدُ لوجودِ القَبْضِ المُسْتَحقِّ ، فإذا حَصَلَ الافتراقُ قبْلَ القَبْضِ بَطَلَ العَقْدُ ؛ لانتِفاءِ الشَّرْطِ ، وهوَ القَبْضُ في المجلِسِ.

ولا يُعْتَبرُ مفارقةُ المُوَكِّلِ قبْلَ القَبْضِ ؛ لأنَّه ليسَ بِعاقِدٍ ، ولا يُشْبِهُ قبْضُ الوَكِيلِ قبْضَ الرَّسولِ ؛ لأنَّ قَبْضَه بعدَ مُفارقةِ المُرْسِلِ لا يُعْتَبرُ ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ لا تتَحَقَّقُ بِالرَّسولِ ، فقَبْضُه إذَنْ لا يقَعُ عنِ القَبْضِ المُسْتَحقِّ ؛ فيقَعُ الافتراقُ مِن غيرُ قبْضٍ ؛ فيَبْطُلُ العَقْدُ.

يُبيِّنُ ذلكَ: أنَّ الرِّسالةَ بِالعَقْدِ تتضمَّنُ الإيجَابَ والقبولَ الَّذي هوَ العَقْدُ ، ولا تتضَمَّنُ غيرَ ذلِكَ ، والقَبْضُ خارجٌ عنِ العَقْدِ ، فَلا يدخلُ تَحتَ الرِّسالةِ ، [٦/١٦و/م] فيَصيرُ قبْضُ الرَّسولِ كقَبْضِ غيرِه ؛ فَلا يقَعُ عَن [٢/٢٩٣ظ] القَبْضِ المُستَحقِّ ، **وهذا معْنىٰ قولِه: (لِأَنَّ الرِّسَالَةَ فِي العَقْدِ لَا فِي القَبْضِ)**.

وهذا الَّذي ذكرَه مِن بطلانِ العَقْدِ بِمُفارقةِ الوَكِيلِ قبْلَ القَبْضِ ، فيما إذا كانَ المُوَكِّلُ غائبًا عَن مجلسِ العَقْدِ ، وأمَّا إذا كانَ حاضرًا في مجلسِ العَقْدِ يَصيرُ كأنَّ المُوَكِّلَ صارَفَه بنفسِه ، فَلا تُعْتَبرُ مفارقةُ الوَكِيلِ قبْلَ القَبْضِ. كذا ذكَرَه الإمامُ خُوَاهَر زَادَه.

قولُه: (وَالمُسْتَحَقُّ بِالعَقْدِ قَبْضُ ....

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٦].

العَاقِدِ، وَهُوَ الوَكِيلُ، فَيَصِحُّ قَبْضُهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورِ، بِخِلَافِ الرَّسُولَيْنِ؛ لِأَنَّ الرِّسَالَةَ فِي الْعَقْدِ لَا فِي الْقَبْضِ، وَيَنْتَقِلُ كَلَامُهُ إِلَى الْمُرْسِلِ فَصَارَ قَبْضُ الرَّسُولِ قَبْضَ غَيْرِ الْعَاقِدِ فَلَمْ يَصِحَّ.

قال: قَالَ: وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ، وَقَبَضَ المَبِيعَ؛ فَلَهُ أَنْ

غاية البيان

العَاقِدِ[1]، وَهُوَ الوَكِيلُ، فَيَصِحُّ قَبْضُهُ، وَإِنْ كَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الحُقُوقُ كَالصَّبِيِّ وَالعَبْدِ المَحْجُورِ)، يعْني: أنَّ قَبْضَ الوَكِيلِ يَصحُّ، وإنْ كانَ هُو ممَّنْ لا يلزمُه العُهدةُ، كما إذا كانَ الوَكِيلُ صبيًّا، أوْ عبْدًا محْجُورًا؛ لأنَّه العَاقِدُ فيصحُّ، بخِلافِ الرَّسولِ، حيثُ لا يُعْتَبرُ قَبْضُه؛ لأنَّه أجنبيٌّ عنِ العَقْدِ؛ إذْ هوَ ليسَ بعاقِدٍ.

قولُه: (بِخِلَافِ الرَّسُولَيْنِ)[2]، أيِ: الرَّسولِ في الصَّرْفِ، والرَّسولِ في السَّلَمِ.

وفي بعْضِ نُسَخِ «الهداية»: (بِخِلَافِ الرَّسُولِ)[3]، وهو يرْتَبِطُ بقولِه: (فَيَصِحُّ قَبْضُهُ)، أيْ: يصحُّ قبْضُ الوَكِيلِ، بخِلافِ قبْضِ الرَّسولِ؛ فإنَّه لا يصحُّ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ الثَّمَنَ مِنْ مَالِهِ، وَقَبَضَ المَبِيعَ؛ فَلَهُ أَنْ

(١) وقع بالأصل: «العقد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) هذا هو المثْبَت في النسخة التي بخط المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٦٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة البَابِسُوتي من «الهداية» [ق/٢٢٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ (المقروءة على أكمل الدين البابرتيِّ) من «الهداية» [ق/١٩٤/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]. وفي نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/٦٠/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون ـ أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)].

(٣) وهذا لَفْظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [١٤٠/٣]، وكذا في نسخة الأَرْزَكانيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٦٤/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا]، وفي نسخة القاسميِّ مِن «الهداية» [ق/١٩٣/أ/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا ـ تركيا]، وفي نسخة القَسْطَمونيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٦٣/ب/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا].

يَرْجِعَ بِهِ عَلَىٰ الْمُوَكِّلِ؛ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ وَلِهَذَا إِذَا اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ يَتَحَالَفَانِ وَيَرُدُّ الْمُوَكِّلُ بِالْعَيْبِ عَلَىٰ الْوَكِيلِ وَقَدْ سَلَّمَ الْمُشْتَرِي لِلْمُوَكِّلِ مِنْ جِهَةِ الْوَكِيلِ فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ؛ وَلِأَنَّ الْحُقُوقَ لَمَّا كَانَتْ رَاجِعَةً إِلَيْهِ وَقَدْ عَلِمَهُ الْمُوَكِّلُ يَكُونُ رَاضِيًا بِدَفْعِهِ مِنْ مَالِهِ.

فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ؛ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُوَكِّلِ، وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ؛ لِأَنَّ يَدَهُ كَيَدِ الْمُوَكِّلِ، فَإِذَا لَمْ يَحْبِسْهُ يَصِيرُ الْمُوَكِّلُ قَابِضًا بِيَدِهِ.

غاية البيان

يَرْجِعَ بِهِ عَلَىٰ الْمُوَكِّلِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تتعلَّقُ بالعاقِدِ، ودفْعُ الثَّمَنِ مِن حُقُوقِ العَقْدِ، فيتعلَّقُ بالعاقِدِ، وهوَ الوَكِيلُ. فإذا كانَ مُطالبًا بالدَّفْعِ كانَ مأذونًا مِن جهةِ المُوَكِّلِ، فيَرْجِعُ بِما دفعَ علىٰ المُوَكِّلِ، ولأنَّه ثَبتَ بينَ الوَكِيلِ والمُوَكِّلِ مُبادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ، فصارَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ كالبائعِ مِنَ المُوَكِّلِ بِالشِّرَاءِ؛ لأنَّ المِلْكَ يَنتَقِلُ إلىٰ الوَكِيلِ أوَّلًا، ثمَّ يَنتَقِلُ منهُ إلىٰ المُوَكِّلِ.

والدَّليلُ علىٰ المُبادَلَةِ: أنَّ الوَكِيلَ والمُوَكِّلَ إذا اختلَفا في الثَّمَنِ تَحالَفَا، والتَّحالُفُ مِن خواصِّ المُبادَلَةِ، ولهذا كانَ لِلمُوَكِّلِ أنْ يَرُدَّ المَبِيعَ علىٰ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ بِالعَيْبِ، ولَه أنْ يَرْجِعَ بنُقْصَانِ العَيْبِ إذا هلكَ عندَ المُوَكِّلِ، وقدْ مَرَّ ذلِكَ.

قولُه: (فَيَرْجِعُ عَلَيْهِ)، أيْ: يَرْجِعُ الوَكِيلُ على المُوَكِّلِ.

قولُه: (إِلَيْهِ)، أيْ: إلىٰ الوَكِيلِ.

قولُه: (فَإِنْ هَلَكَ الْمَبِيعُ فِي يَدِهِ قَبْلَ حَبْسِهِ؛ هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُوَكِّلِ، وَلَمْ يَسْقُطِ الثَّمَنُ)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1]، وذلكَ لأنَّ المَبِيعَ أمَانَةٌ في يدِ الوَكِيلِ؛ لأنَّه قَبَضَهُ للمُوَكِّلِ، فليسَ علىٰ الأمينِ شيءٌ ما لَمْ يُحْدِثْ منْعًا، فلا يُضَمَّنُه، كما إذا هلكَتِ الوَدِيعَةُ في يد [٦/١١٦ظ/م] المُودَعِ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٦].

وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ لِمَا بَيَّنَّا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنَ الْمُوَكِّلِ.

قوله: (وَلَهُ أَنْ يَحْبِسَهُ حَتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ[1]، أي: للوَكِيلِ حبسُ المَبِيعِ عَن المُوَكِّلِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، وقالَ زُفَرُ: ليسَ لِلوَكِيلِ حقُّ الحبسِ، فإذا حبسَه صارَ غاصبًا، وذلكَ لأنَّ قبضَ الوَكِيلِ كقبضِ المُوَكِّلِ حكمًا، فوقوعُ المَبِيعِ في يدِه كوقوعِه في يدِ المُوَكِّلِ، فيَصيرُ الوَكِيلُ كأنَّه سلَّمه إلىٰ المُوَكِّلِ، فإذا سلَّمه إليهِ حقيقةً سقطَ حقُّ الحبسِ، فكذا إذا سلَّمهُ حكمًا، ولأنَّ الوَكِيلَ أمينٌ ألَا تَرىٰ أنَّه لا يضمنُ بِالهلاكِ عندَه كَالمُودَعِ، فليسَ لِلأَمينِ حقُّ الحبسِ بعدَ الطلَبِ كَالمُودَعِ.

ولَنا: أنَّ انتِقالَ المِلْكِ إلىٰ المُوَكِّلِ مِن جهةِ الوَكِيلِ، فصارَ الوَكِيلُ كالبائِعِ مِن المُوَكِّلِ، ثمَّ لِلبَائِعِ حقُّ الحبْسِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ، فَكذا الوَكِيلُ؛ لأنَّه كالبائِعِ.

قالَ صاحبُ «الذَّخيرة»: «لَمْ يذْكرْ محمَّدٌ في شيءٍ مِن الكتُبِ أنَّ الوَكِيلَ إذا لَمْ يَنْقُدِ الثَّمَنَ وسامَحه البَائِعُ وسَلَّمَ المَبِيعَ إليهِ، هَل لَه حقُّ الحبْسِ عَن المُوَكِّلِ إلىٰ أنْ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ»؟

ثمَّ قالَ: «حُكِيَ عنِ الشَّيخِ الإمامِ شمسِ الأئمَّةِ الحَلْوَانِيِّ أنَّ لَه ذلِكَ؛ لأنَّ حَقَّ الحبْسِ لِلوَكِيلِ لَيسَ لأجْلِ ما نَقَدَ، بَل لأجْلِ بَيْعٍ حُكْمِيٍّ انعقَدَ بَينَ الوَكِيلِ والمُوَكِّلِ، وهذا المعْنىٰ لا يختلفُ بعْدَ النَّقْدِ وقَبْلَه».

قُلْتُ: هذا كلامٌ عَجيبٌ مِن صاحبِ «الذخيرة»[2]، وكيفَ خَفِيَ عليْهِ هذَا وقدْ صَرَّحَ محمَّدٌ في «الأصل» في بابِ الوَكَالَة[3] بالشِّرَاءِ فَقالَ [٢/٢٩٤و]: «وإذا

(١) المصدر السابق.

(٢) نقل الكمال بن الهمام اعتراض الأتقاني علىٰ صاحب «الذخيرة»، وأقره عليه. ينظر: «فتح القدير» [٨/٣٩].

(٣) أي: مِن باب الوكالة. كذا جاء في حاشية: «م».

وَقَالَ زُفَرُ: لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ صَارَ قَابِضًا بِيَدِهِ فَكَأَنَّهُ سَلَّمَهُ إِلَيْهِ فَيَسْقُطُ حَقُّ الْحَبْسِ. قلنا: هَذَا لَا يُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ، فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي الْحَبْسِ، عَلَىٰ أَنَّ قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ فَيَقَعُ لِلْمُوَكِّلِ إِنْ لَمْ يَحْبِسْهُ وَلِنَفْسِهِ عِنْدَ حَبْسِهِ.

غاية البيان

وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لهُ عبدًا بألفِ درهم بعَيْنِه، فاشْتراهُ الوَكِيلُ وقبَضه، فطلبَ الآمِرُ أخْذَ العبدِ مِنَ الوَكِيلِ، وأبىٰ الوَكِيلُ أَنْ يدْفعَه؛ فلِلوكِيلِ أنْ يمنَعَه ذلكَ حتَّىٰ يَسْتَوْفِيَ الثَّمَنَ في قولِ أَبي حَنِيفَةَ، وإنْ كانَ الوَكِيلُ نَقَدَ الثَّمَنَ أَوْ لَمْ يَنْقُدْ فهوَ سَواءٌ»[1]. إلىٰ هُنا لَفْظُ محمَّدٍ في «**الأصل**».

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: «الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذا اشْتَرَىٰ بالنَّسِيئةِ، فحلَّ عليهِ الثَّمَنُ بموتِه، لا يَحِلُّ على الآمِرِ»[2]. ونقَلَه عَن بابِ الوَكَالَةِ بِالشِّراءِ مِن وَكَالَةِ «**الكافي**».

قولُه: (هَذَا لَا يُمكِنُ التَحَرُّزُ عَنْهُ، فَلَا يَكُونُ رَاضِيًا بِسُقُوطِ حَقِّهِ فِي الحَبْسِ)، **يعْني**: لا يُجْعَلُ قبْضُ الوَكِيلِ كقَبْضِ المُوَكِّلِ في إسْقاطِ الحبسِ؛ لأنَّ قبْضَ الوَكِيلِ لا يُمْكِنُ الاحتِرازُ عنهُ؛ لأنَّه لا يتوسَّلُ إلىٰ حقِّه في الحبسِ إلَّا بِالقَبْضِ، فلَمْ يُجْعَلِ الوَكِيلُ بمجرَّدِ القَبْضِ راضيًا بسقوطِ حقِّه؛ لأنَّ سُقوطَه باعتِبارِ الرِّضا، ولَمْ يُوجَدِ الرِّضا؛ لأنَّه كالمُلْجَإِ في القَبْضِ لِمَا قُلْنا.

وطريقٌ آخرُ هُنا في جوابِ زُفَرَ: أنَّ الأمْرَ مُتردِّدٌ في [٦/١٧و/م] القَبْضِ بينَ أنْ يقَعَ لِلوَكِيلِ أوْ للمُوَكِّلِ، فإنْ لَمْ يحْبِسْه الوَكِيلُ عنِ المُوَكِّلِ بعدَ القَبْضِ؛ وقَعَ القَبْضُ للمُوَكِّلِ، وإنْ حبَسَه وَقَعَ للوَكِيلِ لا للمُوَكِّلِ، فلَمْ يُعْتَبرِ المُوَكِّلُ قابضًا بقَبْضِ وكيلِه؛ لأنَّه تبَيَّنَ بعدَ الحبْسِ أنَّ قَبْضَه ما كانَ لأجْلِ مُوَكِّلِه، بلْ كانَ عامِلًا في القَبْضِ لأجْلِ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٨٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٧-١٦٨].

فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ؛ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَضَمَانَ المَبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَضَمَانَ الْغَصْبِ عِنْدَ زُفَرَ؛ لِأَنَّهُ مَنْعٌ بِغَيْرِ حَقٍّ.

غاية البيان

نفسِه، فإذا وقَعَ لِلوَكِيلِ؛ لَمْ يُوجَدِ التَّسْلِيمُ منهُ إلىٰ المُوَكِّلِ، فلَمْ يسْقُطِ الحبسُ؛ لأنَّه لَمْ يكُنْ بعدَ التَّسْلِيمِ إلىٰ المُوَكِّلِ، وهذا معنىٰ قولِه: (**عَلَىٰ أَنَّ قَبْضَهُ مَوْقُوفٌ، يَقَعُ لِلمُوَكِّلِ إنْ لَمْ يَحْبِسْهُ، وَلِنَفْسِهِ عِنْدَ حَبْسِهِ**).

قولُه: (**فَإِنْ حَبَسَهُ فَهَلَكَ؛ كَانَ مَضْمُونًا ضَمَانَ الرَّهْنِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَضَمَانَ المَبِيعِ عِنْدَ مُحَمَّدٍ**)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(١)، ولَمْ يُذْكَرْ قولُ أَبي حَنِيفَةَ [فيه](٢)، كما لَمْ يُذْكَرْ في «**المختلف**» و«**الحَصْر**»، وغَيرِ ذلِكَ.

وقالَ الشَّيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ: «ذكرَ في «**الجامع**» قولَ أبي حَنِيفَةَ مِثْلَ قولِ محمّدٍ ﵀».

اعلَمْ: أنَّ المضمونات أنواعٌ: منْها الرَّهْنُ، وهوَ المَضْمُونُ بالأقلِّ مِن قيمَتِه، ومِنَ الدَّيْنِ والمَبِيعِ في يدِ البَائِعِ، وهوَ مَضْمُونٌ بالثَّمَنِ حتَّىٰ إذا هلَكَ سقَطَ الثَّمَنُ، قلَّ الثَّمَنُ أوْ كثُرَ، والمَغْصُوبُ ـ وهو مَضْمُونٌ بالمِثْلِ ـ إنْ كانَ مِثْليًّا، أوْ بالقِيمَةِ إنْ كانَ قِيمِيًّا بالغةً ما بلغَتْ.

والمُشْتَرَىٰ إذا حبَسَه الوَكِيلُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فهلَكَ، فَفيهِ خِلافٌ، فقالَ أبو يوسُفَ: هو مَضْمُونٌ بالأقلِّ مِن قيمتِه، ومِن الثَّمَنِ كالرَّهْنِ مَضْمُونٌ بالأقلِّ مِن قيمتِه ومِنَ الدَّيْنِ.

وقالَ أبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ: مَضْمُونٌ بالثَّمَنِ، كالمَبِيعِ يَهلِكُ قبْلَ القَبْضِ.

وقالَ زُفَرُ: يضْمَنُ ضَمَانَ الغَصْبِ؛ لأنَّ مِن مذْهبِه: أنْ ليسَ لَه حقُّ الحبْسِ،

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لَهُمَا أَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ الْبَائِعِ مِنْهُ فَكَانَ حَبْسُهُ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ فَيَسْقُطُ بِهَلَاكِهِ وَلِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ مَضْمُونٌ بِالْحَبْسِ لِلِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ وَهُوَ الرَّهْنُ بِعَيْنِهِ بِخِلَافِ الْمَبِيعِ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ يَنْفَسِخُ بِهَلَاكِهِ وَهَا هُنَا لَا يَنْفَسِخُ أَصْلُ البيع.

غاية البيان

فصارَ بالحبسِ غاصِبًا[1].

ولنا: أنَّ الوَكِيلَ كالبائعِ مِنَ المُوَكِّلِ؛ لأنَّ المِلْكَ انتقَلَ إليْهِ مِن جهتِه، ثمَّ الوَكِيلُ قد عَيَّنَ حقَّ المُوَكِّلِ في المُشْتَرىٰ، حيثُ اشْتراهُ له، فوَجَبَ علىٰ المُوَكِّلِ أيضًا أنْ يُعَيِّنَ حقَّ الوَكِيلِ في الثَّمَنِ بالتَّسليمِ إليْهِ، فكانَ حبْسُه لِاسْتِيفاءِ الثَّمَنِ بحقٍّ، فلَمْ يكُنْ غاصبًا.

ثمَّ قالَ أبو يوسُفَ: إنَّه مَضْمُونٌ ضَمَانَ الرَّهْنِ، حتَّىٰ لوْ كانَ فيهِ وفاءٌ بالثَّمَنِ سقَطَ، وإلا يَرْجِعُ بالفضْلِ.

وقالَ محمَّدٌ: مَضْمُونٌ ضَمَانَ المَبِيعِ، فإذا هلَكَ؛ سَقَطَ كلُّ الثَّمَنِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ كالبائعِ.

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنَّه ليسَ ببائعٍ حقيقةً، إلَّا أنَّه يحْبِسُ المُشْتَرىٰ بِدَيْنٍ علىٰ المُوَكِّلِ، وهوَ الثَّمَنُ، وهوَ الرَّهْنُ بعيْنِه؛ لأنَّ الرَّهْنَ هوَ الحبْسُ بِالدَّيْنِ.

قالَ [٦/١٧ظ/م] صاحبُ «الهداية» في تعْليلِ أبي يوسُفَ: (مَضْمُونٌ [٢/٢٩٤ظ] بالحَبْسِ بَعْدَ أَنْ لَمْ يَكُنْ)، أيْ: بعْدَ أنْ لَمْ يكُنْ مَضْمُونًا فكانَ الرَّهْنُ، وليسَ المَبِيعُ كذلكَ؛ لأنَّ المَبِيعَ مَضْمُونٌ بالثَّمَنِ ابتداءً، لا بواسطةِ الحبْسِ، فلَمْ يكُنْ كهلاكِ المَبِيعِ؛ لأنَّ البَيْعَ يَنْفَسِخُ ثَمَّةَ، بخلافِ ما نحنُ فيهِ.

(١) قال في «التصحيح»: ورجح دليلهما في الهداية، واعتمده المحبوبي والنسفي والموصلي وصدر الشريعة. ينظر: «الجامع الكبير» [ص/٣٢١]، «مختصر اختلاف العلماء» [٤/٨٢]، «المبسوط» [١٩/٦٠]، «بدائع الصنائع» [٥/٤٢]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٦١، ٢٦٢]، «التصحيح والترجيح» [ص ٢٧٤]، «البحر الرائق» [٧/١٥٦]، «حاشية قرة عيون الأخيار» [٧/٣١٩].

قُلْنَا: يَنْفَسِخُ فِي حَقِّ الْمُوَكِّلِ وَالْوَكِيلِ، كَمَا إِذَا رَدَّهُ الْمُوَكِّلُ بِعَيْبٍ وَرَضِيَ الْوَكِيلُ بِهِ.

قال: وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالِ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ، فَاشْتَرَى عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ مِنْ لَحْمٍ يُبَاعُ مِنْهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ؛ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ مِنْهُ عَشَرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ، ....

غاية البيان

فأجابَ عنهُ صاحبُ «الهداية» وقالَ: (يَنْفَسِخُ هُنَا أَيْضًا بَيْنَ الْمُوَكِّلِ وَالوَكِيلِ، كَمَا إِذَا رَدَّهُ عَلَى الوَكِيلِ بِالعَيْبِ، وَرَضِيَ هُوَ بِذَلِكَ؛ فَإِنَّهُ يَصِيرُ لِلوَكِيلِ)، وهذِه مُغالطةٌ على أبي يوسُف؛ لأنَّه لا يُفَرِّقُ بينَ هَلاكِ المَبيعِ قبلَ القَبْضِ في يدِ البائعِ، وبين هلاكِه في يدِ الوَكِيلِ بالشِّراء بعدَ حَبْسِه عنِ المُوَكِّلِ لِاسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ.

فَفي الأَوَّلِ: يَنْفَسِخُ البَيْعُ، وفي الثّاني لا، وانفِساخُ البَيْعِ بينَ الوَكِيلِ والمُوَكِّلِ بالرَّدِّ بِالعَيْبِ لا يدلُّ على انفساخِه إذا هلكَ في يدِ الوَكِيلِ، فخرَجَ الجوابُ عن مَوْضِعِ النِّزاعِ.

ثمَّ ثَمَرَةُ الخِلافِ تظهرُ فيما إذا كانَ الثَّمَنُ خمسةَ عشرَ مثلًا، وقِيمَةُ المَبيعِ عشرة، فعندَ أبي يوسُف: يَرْجِعُ الوَكِيلُ على المُوَكِّلِ بالفضلِ، وهوَ الخمسةُ، وتظهرُ فائدةُ ضَمَانِ الغَصْبِ في عكسِ هذا، وهوَ أنْ تكونَ قِيمَةُ المَبيعِ خمسةَ عشرَ، والثَّمَنُ عشرة، يَرْجِعُ المُوَكِّلُ على الوَكِيلِ بخمسةٍ، فعندَ زُفَر يَرْجِعُ المُوَكِّلُ على الوَكِيلِ بالخمسةِ، وعلى قولِ محمَّدٍ: لا يتفاوَتُ الحالُ بينَ أنْ يكونَ الثَّمَنُ كثيرًا أوْ قليلًا؛ لأنَّه لا يَسْقُطُ بِهلاكِ المَبيعِ، [و][1] لا يجبُ شيءٌ أصلًا.

قولُه: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ أَرْطَالِ لَحْمٍ بِدِرْهَمٍ، فَاشْتَرَى عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ مِنْ لَحْمٍ يُبَاعُ مِنْهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ بِدِرْهَمٍ؛ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ مِنْهُ عَشَرَةٌ بِنِصْفِ دِرْهَمٍ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«فتح»، و«غ»، و«ض».

وَقَالَا: يَلْزَمُهُ العِشْرُونَ.

وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٌ لَمْ يَذْكُرْ الْخِلَافَ فِي الْأَصْلِ. لِأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِصَرْفِ الدِّرْهَمِ فِي اللَّحْمِ وَظَنَّ أَنَّ سِعْرَهُ عَشَرَةُ أَرْطَالٍ، فَإِذَا اشْتَرَىٰ بِهِ عِشْرِينَ فَقَدْ زَادَهُ خَيْرًا وَصَارَ كَمَا إِذَا وَكَّلَهُ

غاية البيان

وَقَالَا: يَلْزَمُهُ العِشْرُونَ)[1]، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَذَكَرَ فِي بَعْضِ النُّسَخِ قَوْلَ مُحَمَّدٍ مَعَ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ)، أي: ذكَرَ في بعضِ نُسَخِ «مختصر القُدُورِيِّ»[3].

ثُمَّ قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَمُحَمَّدٌ لَمْ يَذْكُرِ الخِلَافَ فِي «الأَصْلِ»)، وهذا لأنَّ محمدًا قال في «الأصل» في آخر باب الوَكَالَة في الشِّرَاء: «وإذا وكَّلَه أنْ يَشْتَرِيَ له عشرةَ أَرْطَال لحْمٍ بدرهمٍ؛ لزمَ الآمِرَ منها عشرةٌ بِنِصْفِ درهمٍ، وكانَ لِلمَأْمُورِ عشرةُ أَرْطَالٍ بِنِصْفِ درهمٍ»[4]. إلىٰ هُنا لَفْظُ «الأصل»، ولَمْ يذْكرِ الخِلافَ كما ترَىٰ.

وَجْهُ قولِ أَبي يوسُف: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ وَكَّلَ عُرْوَةَ البَارِقِيَّ لِيَشْتَرِيَ لُه أُضْحيةً،

---

(١) قال في «التصحيح»: وقد مشىٰ علىٰ قول الإمام النسفي والبرهاني وغيرهما. ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٣٠]، «الاختيار» [٢/١٦١]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٦٢]، «العناية» [٨/٤٢]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٠٨]، «تكملة البحر الرائق» [٨/١٥٨]، «التصحيح» [ص٢٧٥]، «رد المحتار» [٥/٥١٧]، «اللباب» [٢/١٤٩].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٧].

(٣) لَمْ نظفَر بهذا الاختلاف في شيءٍ مِن نُسَخ: «مختصر القُدُورِيِّ» التي بين أيدينا، ولا وجَدْناه في شُروح: خُوَاهَرْ زَادَه، وأبي نصْر الأقطع، والكادُورِيِّ، وبهاء الدِّين الأسْبِيجَابِيِّ، وكلها مخطوطة، ولا في: «الجوهرة النيرة/ شرح القُدُورِيِّ» للحدَّادِيِّ [١/٣٠٨]، و«اللباب في شرْح الكتاب» للميدانيِّ [٢/١٤٨]، ولا في: «خلاصة الدلائل/ شرْح القُدُورِيِّ» لحسام الدين الرازِيِّ [١/٥٠٠].
ثم رأيْنا أبا الرجاء الزَّاهِدِيَّ قد أشار إلىٰ هذا الاختلاف هنا في: «المُجْتَبىٰ شرْح مختصر القُدُورِيِّ» [ق ١٩٥/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨٠٨)].

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٩٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

بَيْعِ عَبْدِهِ بِأَلْفٍ فَبَاعَهُ بِأَلْفَيْنِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَشَرَةِ [أَرْطَالٍ] وَلَمْ يَأْمُرْهُ بِشِرَاءِ [٦٠/ظ] الزِّيَادَةِ فَيَنْفُذُ شِرَاؤُهَا عَلَيْهِ وَشِرَاءُ الْعَشَرَةِ عَلَى الْمُوَكِّلِ بِخِلَافِ مَا اسْتَشْهَدَ بِهِ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَاكَ بَدَلُ مِلْكِ الْمُوَكِّلِ فَيَكُونُ لَهُ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اشْتَرَىٰ مَا يُسَاوِي عِشْرِينَ رِطْلًا بِدِرْهَمٍ حَيْثُ يَصِيرُ مُشْتَرِيًا لِنَفْسِهِ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّ الْآمِرَ يَتَنَاوَلُ السَّمِينَ وَهَذَا مَهْزُولٌ فَلَمْ يَحْصُلْ مَقْصُودُ الْآمِرِ.

غاية البيان

فاشترىٰ له شاتينِ، فأجازَ النبيُّ ﷺ [٦/١٨و/م] ذلِكَ[1]، ولأنَّه أمَرَ الوَكِيلَ بصَرْفِ الدّرهمِ في اللَّحمِ علىٰ ظنِّ أنَّ سِعْرَ اللَّحمِ عشرةٌ بدرهمٍ، فإذا زادَ فقدْ فعَلَ خيرًا، فلزِمَ الآمِرَ، كَمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عبْدِه بألفٍ، فباعَه بألفَيْنِ جازَ، فكذا هذا.

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ المَقْصُودَ في باب البَيْعِ: المَبِيعُ، فكانَ مَقْصُودُ المُوَكّلِ في صَرْفِ الدّرهمِ إلىٰ عشرةِ أرْطَالٍ مِنَ اللّحمِ تَحصيلَ ذلكَ القَدْرِ منهُ، فيلزمُه ذلكَ القَدْرُ؛ لأنّه المَأْمُورُ بِه دونَ الزّيَادَةِ؛ لأنّه ما أمرَ بِها، ولأنّها زيادةٌ متحقّقةٌ ابتاعَها لغيرِه بغيرِ أمْرِه، ولا ولايةَ لَه عليْهِ، فلَمْ يلزمْه، كما إذا اشتراها ابتداءً، ولا يلزمُ علَيْنا الزِّيَادَةُ القَليلةُ، كعشرةِ أرْطَالٍ ونِصْفِ رِطْلٍ، حيثُ يلزمُ الجميعُ الآمِرَ؛ لأنَّها تدخلُ بينَ الوزْنَيْنِ، فلا يتحقّقُ حصولُ الزّيَادَةِ.

والجوابُ عما قاسَ أبو يوسُف: أنَّ الزّيَادَة ثَمَّةَ عِوَضُ مِلْكِ الآمِرِ، فلا يجوزُ أنْ يستحِقَّه الوَكِيلُ، لا بإذْنِ المُوَكّلِ ولا بغيرِ إذْنِه.

ولِهذا لوْ قالَ: بِعْ ثوْبي هذا على أنَّ ثمنَه لَك؛ لا يصحُّ، فلما لَمْ يسْتَحِقَّه الوَكِيلُ أصلًا؛ كانَ الزّيَادَةُ للآمِرِ، بخِلافِ ما أمَرَه بشراءِ عشرةِ أرْطَالٍ بدرْهمٍ، فاشْتَرىٰ ذلكَ وزيادةً متحقّقةً علىٰ ذلِكَ، لا تلزمُ الزّيَادَةُ الآمِرَ؛ لأنَّ الزّيَادَةَ ليستْ عِوَضَ مِلْكِ الآمِرِ لا محالةَ؛ لأنَّ الزّيَادَةَ مُشْتَرَاةٌ بثَمَنٍ على مِلْكِ الآمِرِ، ويجوزُ أنْ

(١) مضىٰ تخريجه.

قال: وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ يُؤَدِّي إِلَىٰ تَغْرِيرِ الْآمِرِ حَيْثُ اعْتَمَدَ عَلَيْهِ وَلِأَنَّ فِيهِ عَزْلَ نَفْسِهِ وَلَا يَمْلِكُهُ عَلَىٰ مَا قِيلَ

غاية البيان

يَشْتَرِيَ [٢/٢٩٥و] بمالِ غيرِه لنَفْسِه.

أَلَا ترىٰ أنَّه لوْ قالَ: اشْتَرِ لنفْسِكَ عبدًا بدراهِمِي جازَ، وبخِلافِ ما إذا اشْتَرىٰ عشرينَ رطْلًا مِن اللحْمِ مِن لحمٍ يُباعُ عشرونَ رطْلًا منهُ بدِرهمٍ، حيثُ يلزمُ الجميعُ علىٰ المَأْمُورِ، وهوَ الوَكِيلُ بالاتِّفاقِ؛ لأنَّه خالَفَ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ أمَرَه بشراءِ السَّمينِ، لا المهْزولِ، وهذا مهْزولٌ.

وقالَ في «شرح الأقطع»: «إنْ أمَرَه أنْ يَشْتَرِيَ عبدًا بمئةٍ، فاشْتَرىٰ بها عبدَيْنِ يساوِي كلُّ واحدٍ منهُما مئةً: عَن أبي حَنِيفَةَ: أنَّه لا يلزمُ الآمِرَ واحدٌ منهُما»[1]، ونقَلَه عن «المنتقىٰ».

وذكرَ في «التتمة» وقالَ: إذا أمَرَه أنْ يَشْتَرِيَ له ثوبًا هَرَوِيًّا بعشرةٍ، فاشْتَرىٰ له هرَوِيَّيْنِ بعشرةٍ، وكُلُّ واحدٍ منهُما يُساوِي عشرةً. قالَ أَبو حَنِيفَةَ: لا يجوزُ البَيْعُ في واحدٍ منهُما؛ لأنِّي لا أدْرِي أيّهما أُعْطِيهِ بحِصّتِه مِن العشرةِ؛ لأنَّ القِيمَةَ لا تُعْرَفُ إلَّا بالحَزْرِ والظنِّ» ونقَلَه عن «المنتقىٰ»[2].

قولُه: (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ [٦/١٨ظ/م] لِنَفْسِهِ)، وهذا لَفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[3]، وذلِكَ لأنَّه يلزمُ فيهِ الغَدرُ بالمسْلِمِ، وهوَ حَرامٌ، ولأنَّه لوْ صحَّ شراؤُه لنفسِه، يلزمُ إخراجُه نفْسَه عنِ الوَكَالَةِ بغيرِ عِلْمِ المُوَكِّلِ، فَلا يَجوزُ ذلِكَ؛ لأنَّه فَسْخُ عَقْدٍ، فلا يصحُّ مِن غَيرِ عِلْمِ صاحبِه كسائِرِ العُقُودِ، فإذا

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٦٦].
(٢) ينظر: «تَتِمَّة الفتاوَىٰ» لبرهان الدين البخاري [ق١٤٩/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي - تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤١٩)].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٧].

إِلَّا بِمَحْضَرٍ مِنَ الْمُوَكِّلِ، فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى، فَاشْتَرَىٰ بِخِلَافِ جِنْسِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى ....

لَمْ يصحَّ عزْلُه نفْسَه عنِ الوَكَالَةِ؛ يقَعُ شراؤُه للمُوَكِّلِ حيثُ لَمْ يقَعْ لنَفْسِه.

قالَ في «تتمة الفتاوىٰ»: «الوَكِيلُ بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه إنِ اشْتَرَىٰ لنَفْسِه بنفسِه؛ لا يصحُّ، سواءٌ نوَىٰ عندَ العَقْدِ الشِّرَاءَ لنَفْسِه، أوْ صَرَّحَ بأنْ قالَ: اشْهدوا أني قدِ اشْتَرَيْتُ لنفْسي؛ [لا يصحُّ][1]، إلَّا إذا خالَفَ في الثَّمَنِ لا إلىٰ خيرٍ، أوْ إلىٰ جنسٍ غيرِ الَّذي سَمَّاهُ المُوَكِّلُ، وإذا وَكَّلَ غيرَه بِالشِّرَاءِ، فاشْتَرَىٰ له؛ صحَّ».

وقالَ في «التتمة»: «هذا إذا كانَ المُوَكِّلُ غائبًا، فإنْ كانَ حاضِرًا وصرَّحَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لنَفْسِه؛ يصيرُ مُشْتريًا لنَفْسِه»[2].

والمعْنىٰ في وقوعِ الشِّرَاءِ لِلوَكِيلِ: أنَّه خالَفَ أمْرَ الآمِرِ، فنفَذَ الشِّرَاءُ علىٰ نفْسِ الوَكِيلِ، وإذا صَرَّحَ بِالشِّرَاءِ لِنفسِه؛ فقدْ عزلَ نفْسَه، ولكِن عزْلُه نَفْسَه إنَّما يصحُّ إذا كانَ بعِلْمٍ مِن المُوَكِّلِ، فأمَّا في غَيْبَتِه فَلا.

وهذا بِخِلافِ الوَكِيلِ بِنكاحِ امرأةٍ بعَيْنِها إذا تزوَّجَها لنفسِه بنَفْسِه يصحُّ، والفرْقُ بينَ الوَكِيلِ بنكاحِ امرأةٍ بعَيْنِها وبينَ الوَكِيلِ بِشراءِ شيءٍ بعَيْنِه: ما قالَ محمَّدٌ في أوَّلِ بابِ الوَكَالَة في النِّكَاحِ: إنَّ الوَكِيلَ هُو المُشْتَرِي، فقَدْ يَكونُ مُشْتريًا لنَفْسِه ومُشْتريًا لغيرِه، وإذا زَوَّجَ الوَكِيلُ امرأةً؛ لَمْ يكُنِ الوَكِيلُ هوَ المتزوِّج، وإذا تزَوَّجَ الوَكِيلُ لنَفْسِه؛ لَمْ يَجُز أنْ يقولَ: إنَّه زَوَّجَ فلانًا، وإنَّما تزَوَّجَ هُو.

قولُه: (فَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مُسَمًّى، فَاشْتَرَىٰ بِخِلَافِ جِنْسِهِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ مُسَمًّى

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ». وليسَتْ بمُثْبَتة في: «تَتِمَّة الفتاوَىٰ» لبرهان الدين البخاري [ق١٤٩/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤١٩)].

(٢) ينظر: «تَتِمَّة الفتاوَىٰ» لبرهان الدين البخاري [ق١٤٩/أ/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٤١٩)].

فَاشْتَرَىٰ بِغَيْرِ النُّقُودِ، أَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِشِرَائِهِ، فَاشْتَرَىٰ الثَّانِي وَهُوَ غَائِبٌ؛ يَثْبُتُ المِلْكُ لِلوَكِيلِ الأَوَّلِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ أَمْرَ الآمِرِ فَيَنْفُذُ عَلَيْهِ. وَلَوْ

غاية البيان

فَاشْتَرَىٰ بِغَيْرِ النُّقُودِ، أَوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِشِرَائِهِ، فَاشْتَرَىٰ الثَّانِي وَهُوَ غَائِبٌ؛ يَثْبُتُ المِلْكُ لِلوَكِيلِ الأَوَّلِ فِي هَذِهِ الوُجُوهِ)، ذَكَرَ هذِه الوجوهَ الثلاثةَ تفريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، يعني: إنَّما لا يكونُ المُشتَرَىٰ للوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، فيما وُكِّلَ بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه، إذا لَمْ تُوجَدْ أحدُ هذِه الوجوهِ الثَّلاثةِ، أمَّا إذا وُجِدَ؛ فالشراءُ لِلوكيلِ، إلَّا إذا كانَ [الوَكِيلُ][1] الأوَّلُ حاضرًا حالَ شِرَاءِ الوَكِيلِ الثَّانِي؛ فحينَئذٍ يكونُ الشِّرَاءُ للمُوَكِّلِ؛ لأنَّه لَمْ تُوجَدِ المخالفةُ مِنَ الوَكِيلِ الأوَّلِ، حيثُ حضرَ رأيُه.

قالَ في «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**» ـ في مسائلِ الوَكِيلِ بِالطَّلاقِ، والخُلْعِ، والنِّكَاحِ والإِعْتَاقِ ـ: «إذا وَكَّلَ بِالطَّلاقِ [٢/٢٩٥ظ] أوِ العَتَاقِ، فطَلَّقَ الأجنبيُّ، أوْ أعتقَ، فأجازَ الوَكِيلُ ذلِكَ، لا يَجوزُ؛ لأنَّ المطلوبَ عبارتُه في أوَّلِ وَكَالَة «**العيون**»، وفي مسائلِ شتَّىٰ مِن «**النوازل**».

وكذا لوْ وَكَّلَ الوَكِيلُ[2] رَجُلًا، فطَلَّقَ الثَّاني؛ لا يقَعُ، وإنْ كانَ بحَضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ [٦/١٩و/م]، بخِلافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ والنِّكَاحِ والخُلْعِ والكِتَابَةِ، إذا وَكَّلَ غيرَه، ففعَلَ الثَّاني بحَضْرةِ الأوَّلِ، أوْ فعَلَ أجنبيٌّ ذلكَ، فبلَغَ الوَكِيلَ، فأجازَ ذلكَ؛ يَجوزُ»[3]. إلىٰ هنا لفظُ كتابِ «**الفتاوىٰ الصغرىٰ**».

والفرقُ: أنَّ الوَكَالَةَ تَفويضُ الأمرِ إلىٰ الغَيرِ ليعمَلَ فيهِ برأيِه، فإذا كانَ الوَكِيلُ الثَّاني فعَلَ المَأْمُورَ بِه بحَضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ، وُجِدَ رأيُ الأوَّلِ، وكذا إذا فعلَ أجنبيٌّ، فأجازَه الوَكِيلُ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) في «الفتاوىٰ الصغرىٰ»: وكيل الوكيل.

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٧٨].

اشْتَرَىٰ الثَّانِيَ بِحَضْرَةِ الْوَكِيلِ الْأَوَّلِ نَفَذَ عَلَىٰ الْمُوَكِّلِ الْأَوَّلِ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَهُ رَأْيُهُ فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا.

قَالَ: فَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، فَاشْتَرَىٰ عَبْدًا، فَهُوَ لِلْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ، أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ الْمُوَكِّلِ.

غاية البيان

ثمَّ حقيقةُ الوَكالَةِ: إنَّما تتحقَّقُ فيما يحتاجُ فيهِ إلىٰ الرَّأيِ، كالبَيْعِ، والنِّكاحِ، والخُلْعِ، والكِتابَةِ، والإِجارَةِ، ولا يتحقَّقُ فيما لا يحتاجُ فيهِ إلىٰ الرأيِ، كالطَّلاقِ والعَتاقِ بغيرِ مالٍ، فكانَ الوَكيلُ رسولًا ينقُلُ كلامَ المُوَكِّلِ.

وطلاقُ الوَكِيلِ الثاني وعَتاقُه ليسَ بطلاقِ الوَكِيلِ الأوَّلِ وعَتاقِه؛ لأنَّ الثانيَ لَمْ ينقُلْ كلامَ الأوَّلِ، فلَمْ يقَعْ نقلًا لكلامِ المُوَكِّلِ، والمُوَكِّلُ إنَّما وكَّلَ بنَقْلِ كلامِه، فلأجلِ هذا لَمْ يقَعْ طلاقُ الوَكِيلِ الثاني وعتاقُه، وإنْ كانَ بحَضْرةِ الأوَّلِ، واللهُ أعلمُ.

قولُه: (حَضَرَهُ رَأْيُهُ)، أيْ: [رأيُ][1] الوَكِيلِ الأوَّلِ.

قولُه: (فَلَمْ يَكُنْ مُخَالِفًا)، أيْ: لَمْ يكنِ الوَكِيلُ الأوَّلُ مخالفًا للمُوَكِّلِ.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِغَيْرِ عَيْنِهِ، فَاشْتَرَىٰ عَبْدًا، فَهُوَ لِلْوَكِيلِ إِلَّا أَنْ يَقُولَ: نَوَيْتُ الشِّرَاءَ لِلْمُوَكِّلِ، أَوْ يَشْتَرِيَهُ بِمَالِ الْمُوَكِّلِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

قالَ صاحبُ «الهداية»: (هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ وُجُوهٍ: إِنْ أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَىٰ دَرَاهِمِ الْآمِرِ؛ كَانَ لِلْآمِرِ، وَهُوَ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ: أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ الْمُوَكِّلِ دُونَ النَّقْدِ)، يعْني: أنَّ المرادَ مِن قَولِ القُدُورِيِّ: «أوْ يشْتَريه بمالِ المُوَكِّلِ»: هوَ الإضافةُ وَقْتَ الشِّراءِ إلىٰ دراهمِ المُوَكِّلِ، لا الدَّفعُ مِن مالِ المُوَكِّلِ؛ لأنَّه إذا اشْتَرىٰ بدراهمَ مُطْلَقةٍ،

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ص».
(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٧].

قال ﷺ: هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ وُجُوهٍ: إنْ أَضَافَ الْعَقْدَ إِلَىٰ دَرَاهِمِ الْآمِرِ كَانَ

ثمَّ نَقَدَ، فإنْ نَقَدَ مِنْ دراهمِ المُوَكّلِ يقَعُ الشِّرَاءُ للمُوَكّلِ، وإنْ نَقَدَ مِن دراهمِ الوَكِيلِ؛ يقَعُ الشِّرَاءُ للوَكِيلِ.

وهذا معْنىٰ قولِه: (لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا)، أيْ: لأنَّ في نَقْدِ الدَّراهمِ بعدَ الشِّرَاءِ مطلقًا تَفصيلًا، وهوَ هذا الَّذي ذكرْناهُ، وفيهِ خلافٌ أيضًا؛ لأنَّهما إذا توافَقا علىٰ أنَّه لَمْ تحْضُرْه النِّيَّةُ؛ فيقَعُ الشِّرَاءُ لمنْ وقَعَ النقدُ مِن دراهِمِه، وَكِيلًا كانَ أوْ مُوَكّلًا عندَ أبي يوسُف، وعندَ محمَّدٍ: للوَكِيلِ، سواءٌ كانَ النقدُ مِن دراهمِه أوْ لا.

وَهذا الَّذي ذكرَه القُدُورِيُّ في «مختصره» بالاتِّفاقِ، ولفْظُه مُطْلَقٌ غيرُ مُقَيَّدٍ عَن قيْدِ الإضافةِ إلىٰ دراهِمِ الآمِرِ مِن وَقْتِ [٦/١٩ظ/م] الشِّرَاءِ، وعَن عدَمِ الإضافةِ، فيُحْمَلُ المُطْلَقُ علىٰ هذا المُقَيّدِ، وهوَ ما إذا أضافَه وَقْتَ الشِّرَاءِ إلىٰ دراهمِ الآمِرِ بِدلالةِ الإجْماعِ؛ لأنَّه لا خلافَ في صورةِ الإضافةِ وَقْتَ الشِّرَاءِ إلىٰ دراهمِ الآمِرِ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ يقَعُ للمُوَكّلِ في صورةِ الإضافةِ إلىٰ دراهِمِه؛ حمْلًا لحالِ الوَكِيلِ علىٰ ما يَحِلُّ لَه شرعًا؛ لأنَّه لَو وقَعَ الشِّرَاءُ للوَكِيلِ معَ إضافةِ الشِّرَاءِ إلىٰ دراهمِ المُوَكّلِ؛ يلزمُ أنْ يكونَ الوَكِيلُ غاصِبًا لدراهمِ المُوَكّلِ، والغَصْبُ حرامٌ لا يَلِيقُ بحالِ المسْلمِ، أوْ حمْلًا لحالِ الوَكِيلِ علىٰ ما جرَىٰ في عاداتِ المسْلمينَ؛ لأنَّ العادةَ أنْ يقَعَ العَقْدُ لصاحبِ الدَّراهمِ إذا أُضِيفَ العَقْدُ إلىٰ دراهمَ مُعَيَّنةٍ.

والوجهُ الثّاني: أنْ يُضِيفَ الوَكِيلُ العَقْدَ إلىٰ دراهمِ نفْسِه، فيقَعُ العَقْدُ لَه؛ لأنَّه يُسْتَنْكَرُ عادةً أنْ يقَعَ الشِّرَاءُ إلىٰ المُوَكّلِ معَ إضافةِ الشِّرَاءِ إلىٰ دراهِمِ [٢/٢٩٦و] الوَكِيلِ.

والوجهُ الثّالثُ: أنْ يَشْتَرِيَ مُطلقًا مِن غَيرِ إضافةٍ إلىٰ دراهمِ أحدٍ، فيُنْظَرُ: هلْ نوَىٰ وَقْتَ الشِّرَاءِ أمْ لا؟ فإنِ اشْتَرَىٰ بنيَّةِ المُوَكّلِ؛ فَالشراءُ لَه، وإنِ اشْتَرَىٰ بنيَّةِ نفْسِه؛ فالشِّراءُ لِلوَكِيلِ؛ لأنَّ لَه أنْ يعْملَ لِنفسِه أصالةً، أوْ لغيرِه وَكَالَةً؛ لأنَّ المَأْمُورَ

لِلآمِرِ وَهُوَ الْمُرَادُ عِنْدِي بِقَوْلِهِ أَوْ يَشْتَرِيهِ بِمَالِ الْمُوَكِّلِ دُونَ النَّقْدِ مِنْ مَالِهِ؛

غاية البيان

به غيرُ مُعيَّنٍ، فكانتْ نِيَّتُه مُعْتَبَرَةً؛ لأنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى المُوَكِّلِ مِن جهةِ الوَكِيلِ، هذا إذا لَمْ يُوجَدِ التَّكاذُبُ.

أمَّا إذا وُجِدَ فقالَ المُوَكِّلُ: اشتريتَه لي، وقالَ الوَكِيلُ: اشتريتُه لنفسي؛ يُحَكَّمُ النَّقدُ اتفاقًا، حمْلًا لحالِه على ما يَحِلُّ له شرعًا، أوْ يفعلُه عادةً، وهذا هو المرادُ بقولِه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا).

والوجهُ الآخَرُ: إذا تَوافَقا على أنَّه لَمْ تحضُرْه النِّيَّةُ؛ ففيهِ اختلافٌ بينَ أبي يوسُفَ ومحمَّدٍ، قالَ أبو يوسُفَ: يُحَكَّمُ النقدُ، وقالَ مُحمَّدٌ: هوَ لِلوَكِيلِ؛ لأنَّ الأصْلَ في عملِ كلِّ حُرٍّ أنْ يقعَ له، إلَّا إذا قامَ الدَّليلُ على خلافِه، ولَمْ يَقُمْ؛ لأنَّه لَمْ يُضِفْ إلى دراهمِ الآمِرِ، ولَمْ ينوِ ذلكَ، فوقَعَ العَقْدُ للوَكِيلِ.

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ: أنَّ شراءَه مُطْلَقٌ، يَحتمِلُ الأمْرَيْنِ جميعًا، وقوعَه للمُوَكِّلِ، أوْ للوَكِيلِ، فكانَ الأمرُ موقوفًا إلى أن يُوجَدَ النَّقدُ؛ لأنَّه يَصْلُحُ مُعَيِّنًا ـ كما في حالةِ التكاذُبِ ـ على أنَّ فيهِ حَمْلَ حالِ الوَكِيلِ عَلى الصَّلاحِ؛ لأنَّه لا يلزمُ أنْ يكونَ غاصِبًا دراهمَ الغَيرِ.

فَإنْ قلتَ: كيفَ قُلْتُم: إذا أضافَ العَقْدَ إلى دراهِمِ الآمِرِ يقَعُ الشِّرَاءُ لَه، وإنْ أضافَه الوَكِيلُ إلى دراهمِ نفسِه يقَعُ الشِّرَاءُ [٦/٢٠و/م] لَه، والدَّراهمُ والدنانيرُ لا تتعيَّنانِ في العُقُودِ والفسوخِ عندَنا، فكانتِ الإضافةُ وعدمُ الإضافةِ سواءً.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنَّها لا تتعَيَّنُ مُطلقًا، بلْ تتعَيَّنُ في الوكالاتِ، وبهِ صَرَّحَ صاحبُ «الهداية» في أواخِرِ هذا الفصْلِ في تَعليلِ قَولِ أبي حَنِيفَةَ، وسيجِيءُ تمامُ البيانِ ثَمَّةَ إنْ شاءَ اللهُ تعالىٰ.

ولِهذا إذا هلكَتْ في يدِ الوَكِيلِ؛ بطلَتِ الوَكَالَةُ، أوْ نقولُ: لا نُرِيدُ بتعيُّنِها

لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا وَخِلَافًا، وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ وَهُوَ مُطْلَقٌ. وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ دَرَاهِمِ نَفْسِهِ كَانَ لِنَفْسِهِ حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَىٰ مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً إِذِ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَىٰ دَرَاهِمِ غَيْرِهِ؛ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا، وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ دَرَاهِمَ مُطْلَقَةٍ، فَإِنْ نَوَاهَا لِلْآمِرِ فَهُوَ لِلْآمِرِ، وَإِنْ نَوَاهَا لِنَفْسِهِ فَلِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ

غاية البيان

تعلُّقَ الشِّرَاءِ بعَيْنِها علىٰ وَجْهٍ هيَ تكونُ مُسْتحقةً لا محالةَ، بَل نُرِيدُ تقَيُّدَ الوَكَالَةِ بِها، فإذا تقيَّدَتِ الوَكَالَةُ بِها حتَّىٰ إذا هلكَتْ قبْلَ الشِّرَاءِ بطلَتِ الوَكَالَةُ؛ صلحَتِ الإضافةُ إلىٰ أحدِهما مُعَيَّنةً لوقوعِ العَقْدِ منهُ.

قولُه: (لِأَنَّ فِيهِ تَفْصِيلًا وَخِلَافًا)، أيْ: في النَّقدِ بعْدَ الشِّرَاءِ مُطلقًا.

أرادَ بِالتَّفصيلِ: صورةَ التكاذُبِ والتَّوافُقِ، فَفي التكاذُبِ: يُحَكَّمُ النقدُ اتِّفاقًا، وفي التَّوافُقِ: علىٰ عدَمِ النِّيَّةِ يُحَكَّمُ النقدُ عندَ أَبي يوسُفَ، وعندَ محمَّدٍ: هوَ لِلوَكِيلِ، وقدْ مَرَّ بيانُه آنِفًا.

قولُه: (وَهَذَا بِالإِجْمَاعِ)، أيْ: الَّذي ذكرَه القُدُورِيُّ، أرادَ بِه: وقوعَ الشِّرَاءِ لِلمُوَكِّلِ بِالاتِّفاقِ إذا اشْتَرَىٰ بمالِ المُوَكِّلِ، وقدْ مَرَّ بيانُه.

قولُه: (وَهُوَ مُطْلَقٌ)، أيِ: الَّذي ذكرَه القُدُورِيُّ مُطْلَقٌ لا تَفصيلَ فيهِ.

قولُه: (حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَىٰ مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا)، دليلُ قولِه: (إِنْ أَضَافَ العَقْدَ إِلَىٰ دَرَاهِمِ الآمِرِ؛ كَانَ لِلآمِرِ).

قولُه: (أَوْ يَفْعَلُهُ عَادَةً)، عطْفٌ علىٰ قولِه: (يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا)، وهوَ دليلُ قولِه: (وَإِنْ أَضَافَهُ إِلَىٰ دَرَاهِمِ نَفْسِهِ؛ كَانَ لِنَفْسِهِ).

قولُه: (إِذِ الشِّرَاءُ لِنَفْسِهِ بِإِضَافَةِ العَقْدِ إِلَىٰ دَرَاهِمِ غَيْرِهِ؛ مُسْتَنْكَرٌ شَرْعًا وَعُرْفًا)، هذا تَعليلٌ لِقولِه: (عَلَىٰ مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا).

يَعْمَلَ لِنَفْسِهِ وَيَعْمَلَ لِلْآمِرِ فِي هَذَا التَّوْكِيلِ، وَإِنْ تَكَاذَبَا فِي النِّيَّةِ يَحْكُمُ النَّقْدُ بِالْإِجْمَاعِ؛ لِأَنَّهُ دَلَالَةٌ ظَاهِرَةٌ عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا.

وَإِنْ تَوَافَقَا عَلَىٰ أَنَّهُ لَمْ تَحْضُرْهُ النِّيَّةُ قَالَ مُحَمَّدٌ: هُوَ لِلْعَاقِدِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ أَنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَعْمَلُ لِنَفْسِهِ إِلَّا إِذَا ثَبَتَ جَعَلَهُ لِغَيْرِهِ وَلَمْ يَثْبُتْ. وَعِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: يَحْكُمُ النَّقْدُ؛ لِأَنَّ مَا أَوْقَعَهُ مُطْلَقًا يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ فَيَبْقَىٰ مَوْقُوفًا، فَمِنْ أَيِّ الْمَالَيْنِ نَقَدَ فَقَدْ فَعَلَ ذَلِكَ الْمُحْتَمَلَ لِصَاحِبِهِ وَلِأَنَّ مَعَ تَصَادُقِهِمَا يَحْتَمِلُ النِّيَّةَ لِلْآمِرِ، وفيما قلنا حَمْلُ حَالِهِ عَلَىٰ الصَّلَاحِ كَمَا فِي حَالَةِ التَّكَاذُبِ.

وَالتَّوْكِيلُ بِالْإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَىٰ هَذِهِ الْوُجُوهِ.

غاية البيان

قولُه: (فِي هَذَا التَّوْكِيلِ)، أيْ: في التَّوْكِيلِ بشراءِ عبْدٍ بغيرِ عَيْنِه، واحترزَ بِه عَن التَّوْكِيلِ بِشراءِ عبْدٍ بعَيْنِه؛ لأنَّه ليسَ لِلوَكِيلِ ثَمَّةَ أنْ يَشْتَرِيَه لنفسِه، إلا [٢/٢٩٦ظ] في الصُّوَرِ الثلاثِ، مَرَّ بيانُها.

قولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا) إِشارَةٌ إلىٰ قولِه: (حَمْلًا لِحَالِهِ عَلَىٰ مَا يَحِلُّ لَهُ شَرْعًا).

قولُه: (يَحْتَمِلُ الوَجْهَيْنِ)، أرادَ بِهما: وقوعَ الشِّرَاءِ [للمُوَكِّلِ، ووقوعَه][(١)] للوَكِيلِ.

قولُه: (يَحْتَمِلُ النِّيَّةَ لِلْآمِرِ)، يعْني: يحتَمِلُ أنّه نواهُ ثمَّ نَسِيَه.

قولُه: (حَمْلُ حَالِهِ عَلَىٰ الصَّلَاحِ)، وهوَ ألَّا يُجْعَلَ الوَكِيلُ غاصِبًا دراهِمَ المُوَكِّلِ.

قولُه: (وَالتَّوْكِيلُ بِالإِسْلَامِ فِي الطَّعَامِ عَلَىٰ هَذِهِ الْوُجُوهِ)، أيْ: علىٰ الوجوهِ المذْكورةِ [٦/٢٠ظ/م] في الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، فإنْ أضافَ الوَكِيلُ بالسَّلَمِ العَقْدَ إلىٰ دراهِمِ الآمِرِ؛ كانَ السَّلَمُ لَه، وإنْ أضافَ إلىٰ دراهِمِ نَفْسِه؛ كانَ لَه، وإنْ عَقَدَ مطلقًا مِن

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ، فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتُ وَمَاتَ عِنْدِي، وَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِكَ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ، فَإِنْ كَانَ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ

غَيرِ إضافةٍ إلىٰ دراهِمِ أَحدٍ، فإنْ نوَىٰ السَّلَمَ للمُوَكّلِ كانَ لَه، وإنْ نوَىٰ لنَفْسِه؛ كانَ لنَفْسِه، وإنْ تكاذَبَا يُحَكَّمُ النَّقدُ، وإنْ توافَقا علىٰ أنَّه لَمْ يحْضُرْه النّيَّةُ كانَ السَّلَمُ للوَكِيلِ عندَ محمَّدٍ.

وقالَ أبو يوسُف: يُحَكَّمُ النقدُ، فعنْ دراهمِ أيِّهما نَقَدَ فالعقدُ له.

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ الأصلَ أنْ يذْكرَ مسألةَ الوَكِيلِ بالسَّلَمِ أوَّلًا ثمَّ يَقولُ: والوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ علىٰ هذِه الوجوهِ؛ لأنَّ محمَّدًا ﷺ ذكرَ في «الأصل» مسألةَ الوَكِيلِ بالسَّلَمِ، ولَمْ يذْكُرِ الوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ، إلَّا أنَّ صاحبَ «الهداية» لَمَّا كانَ مُلْتزمًا للجَمْعِ بينَ مسائِلِ «الجامع الصغير»، و«مختصر القُدُورِيِّ»: شرَعَ في بيانِ مَسألةِ القُدُورِيِّ، فلَمَّا فرَغَ عَن ذلِكَ؛ ذكرَ ما ذكرَه محمَّدٌ أيضًا بسبيلِ الاختِصارِ، حيثُ قالَ: (عَلَىٰ هَذِهِ الوُجُوهِ). فلَمَّا لَمْ يذْكرْ محمدٌ مسألةَ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ في شيءٍ بِغيرِ عَيْنِه إذا عَقَد، ولَمْ يحْضُرْه نيّة؛ اختلَفَ المشايخُ فيهِ.

قالَ بعضُهم: الخلافُ فيهِ كالخِلافِ في الوَكِيلِ بِالسَّلَمِ، وإليْه ذهبَ القُدُورِيُّ، وتَبِعَه صاحبُ «الهداية».

ومنهُم مَن قالَ: الجوابُ فيهِ عندَهُما: كجوابِ محمَّدٍ في السَّلَمِ، وفرَقَ لأبي يوسُف بينَ السَّلَمِ والشِّرَاءِ فقالَ: للنَّقْدِ في باب السَّلَم تأثيرٌ في تنفيذِ العَقْدِ[١]، فَصَلح مُعَيّنًا كالإضافةِ، بخلافِ الشِّرَاءِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِأَلْفٍ[٢]، فَقَالَ: قَدْ فَعَلْتُ وَمَاتَ عِنْدِي، وَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَهُ لِنَفْسِكَ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ)، أيْ: قالَ محمّدٌ في

(١) في «م»: «للنقد في باب السَّلَم، حتىٰ إذا لَمْ يَنْقُدْ رأسَ المال في المجلس؛ بَطَلَ السَّلَم؛ لأن له تأثير في تنفيذ العَقْد».

(٢) وقع في «غ»: زيادة: درهم.

فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَأْمُورِ) ؛ لِأَنَّ فِي الْوَجْهِ الْأَوَّلِ أَخْبَرَ عَمَّا لَا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ وَهُوَ الرُّجُوعُ بِالثَّمَنِ [٦١/و] عَلَى الْآمِرِ وَهُوَ يُنْكِرُ وَالْقَوْلُ لِلْمُنْكِرِ.

وَفِي الْوَجْهِ الثَّانِي هُوَ أَمِينٌ يُرِيدُ الْخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الْأَمَانَةِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ.

غاية البيان

بيوعِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيهِ: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يأمُرُ الرَّجُلَ أنْ يَشْتَرِيَ له عبْدًا بألفِ درهمٍ، فجاءَ المَأْمُورُ فقالَ: قدِ اشتريْتُ لَكَ عبدًا بألفِ درهم، وقبضْتُه فماتَ، وقالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَ عبدًا بألفٍ وقبضْتَه وماتَ عندَك، وإنَّما اشتريْتَه لنفسِكَ. قالَ: القولُ قولُ الآمِرِ»[1]. إلىٰ لفْظِ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير»، وهيَ مِن الخواصِّ.

وهذِه المسألةُ علىٰ أوْجُهٍ: إمَّا أن يكونَ الوَكِيلُ مأمورًا بشراءِ عبْدٍ بعَيْنِه، أوْ بغيرِ عَيْنِه.

وَكُلُّ وَجْهٍ علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا أنْ يكونَ الثَّمَنُ مَنقودًا، أوْ لَمْ يكُنْ، وَكُلُّ وَجْهٍ علىٰ وجْهَيْنِ: إمَّا أنْ يكون العبدُ قائمًا أوْ هالكًا، فإنْ كانَ العبدُ بغيرِ عَيْنِه، والثَّمَنُ غيرَ منقودٍ [٦/٢١و/م]، وقالَ الوَكِيلُ: اشْتَرَيْتُ وقبضْتُ وهلَكَ؛ لَمْ يُقْبَلْ قولُه، وهيَ مسألةُ الكتابِ؛ لأنَّ غرَضَه الرُّجُوعُ بالثَّمَنِ علىٰ الآمِرِ، وهو يُنْكِرُ، فكانَ القولُ قولَه معَ اليَمِينِ، وهذا لأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ استئنافَ العَقْدِ؛ لكونِ العبدِ خارجًا عن المحلِّيَّةِ؛ لكونِه ميتًا، فكانَ غرَضُه الرُّجُوعَ بالثَّمَن، وإنْ كانَ الثَّمَنُ منقودًا قبِلَ قولِ الوَكِيلِ؛ لأنَّ الآمِرَ يدَّعِي الرُّجُوعَ بالثَّمَنِ علىٰ الوَكِيلِ، وهوَ يُرِيدُ الخروجَ عنْ عُهدةِ الأمانةِ، فكانَ القولُ قولَه.

وإنْ كانَ العبدُ حيًّا [٢/٢٩٧و]، والثَّمَنُ منقودٌ فاختلَفا، فقالَ المَأْمُورُ: اشتريْتُه

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٤].

وَلَوْ كَانَ الْعَبْدُ حَيًّا حِينَ اخْتَلَفَا، إنْ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَنْقُودًا فَكَذَلِكَ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَ الشِّرَاءِ فَلَا يُتَّهَمُ فِي الْإِخْبَارِ عَنْهُ.

غاية البيان

لكَ، وقالَ الآمِرُ: اشتريْتَه لنفسِك؛ فالقولُ قولُ المَأْمُورِ؛ لأنَّه أخبَر عمَّا يَمْلِكُ إنشاءَه للحالِ.

وإن لَمْ يكنِ الثَّمَنُ منقودًا: ففيهِ اختلافٌ عُرِفَ في «المختلف»[1]، قالَ أبو حَنِيفَةَ: القولُ للآمِرِ.

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: القولُ للمَأمُورِ أيضًا؛ لأنَّه أمينٌ أخبَرَ عمَّا يَمْلِكُ إنشاءَه؛ لأنَّه يَمْلِكُ الشِّرَاءَ للحالِ؛ فالقولُ قولُ الأمينِ، فَصارَ كَما إذا كانَ الثَّمَنُ مَنقودًا[2].

ولأبي حَنِيفَةَ: أنَّ الوَكَالَةَ لا تَتناوَلُ مواضعَ التُّهَمِ، وهذا موضعُ التُّهمةِ، فَلا يُقْبَلُ قولُ الوَكِيلِ.

بيانُه: أنَّه ربَّما اشتراهُ لنَفْسِه وقدْ وَجَدَ بِه عيبًا أوْ لَمْ يُعْجِبْه، فلَمَّا لَمْ يُوَافِقْه؛ أرادَ أنْ يلْزِمَه الآمِرَ؛ لخسارةِ الصَّفْقَةِ، ومِثْلُه متعارَفٌ بينَ الوُكَلاءِ، فَلا يُقْبَلُ قولُه لِهذِه التُّهمةِ، ولَا نُسَلِّمُ أنَّه يَمْلِكُ استئنافَ العَقْدِ معَ هذِه التُّهمةِ، بخِلافِ ما إذا كانَ الثَّمَنُ منقودًا؛ لأنَّه أمينٌ يدَّعِي الخروجَ عَن عُهدةِ الأمانةِ، فيُصَدَّقُ قولُه باعتِبارِ الثَّمَنِ، فيَثْبُتُ حُكْمُ البَيْعِ [أيضًا][3] تبعًا لذلِكَ.

وإنْ كانَ العبدُ بعَيْنِه قبْلَ قولِ الوَكِيلِ، سواءٌ كانَ الثَّمَنُ منقودًا، أوْ غيرَ منقودٍ،

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٤/١٧٣٧ - ١٧٣٨].

(٢) ينظر: «تبيين الحقائق» [٤/٢٦٥]، «البحر الرائق» [٧/١٦١]، «مجمع الأنهر» [٢/٢٣١].

(٣) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ: الْقَوْلُ لِلْآمِرِ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ بِأَنْ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى الصَّفْقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الْآمِرَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ تَبَعًا لِذَلِكَ وَلَا ثَمَنَ فِي يَدِهِ هُنَا، وَإِنْ كَانَ أَمَرَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ ثُمَّ اخْتَلَفَا وَالْعَبْدُ حَيٌّ فَالْقَوْلُ لِلْمَأْمُورِ سَوَاءٌ كَانَ الثَّمَنُ مَنْقُودًا أَوْ غَيْرَ مَنْقُودٍ، وَهَذَا بِالْإِجْمَاعِ؛ لأنه أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَلَا تُهْمَةَ فِيهِ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ

غاية البيان

إذا كانَ العبدُ قائمًا؛ لأنَّه أخبَرَ عمَّا يَمْلِكُ إنشاءَه للحالِ، فَلا يصحُّ تكذِيبُه، ولا تهمةَ فيهِ أيضًا؛ لأنَّ الوَكِيلَ لا يَمْلِكُ أنْ يَشْتَرِيَه لنفسِه.

وإنْ كانَ العبدُ هالكًا: فالقولُ قولُ المَأْمُورِ أيضًا، إذا كانَ الثَّمَنُ مَنقودًا؛ لأنَّه يدَّعِي الخروجَ عَن عُهدةِ الأَمَانَةِ مِن الوجْهِ الَّذي أُمِرَ بِه، فكانَ القولُ قولَه، وإنْ لَمْ يكُنِ الثَّمَنُ منقودًا؛ فالقولُ قولُ الآمِرِ؛ لأنَّه أخبَرَ عمَّا لا يَمْلِكُ استِئْنافَه؛ لأنَّ العبدَ هالِكٌ، فكانَ غرَضُه الرُّجُوعَ بالثَّمَنِ على المُوَكِّلِ، فَلا بُدَّ [٦/٢١ظ/م] مِن إقامةِ الحُجَّةِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ أَخْبَرَ عَمَّا يَمْلِكُ اسْتِئْنَافَهُ، وَلَا تُهْمَةَ فِيهِ)، يعْنِي: فيما إذا كانَ العبدُ حيًّا، وهوَ مَأْمُورٌ بِشِرائِه بعَيْنِه.

فَإِنْ قُلْتَ: الأصلُ في الدَّلائلِ الاطِّرَادُ، وهذا لا يَطَّرِدُ على أَصْلِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ؛ لأنَّ الأَبَ إذا أقَرَّ على الصَّغيرِ أوِ الصَّغيرةِ بِالنِّكَاحِ؛ لَمْ يصحَّ الإِقْرَارُ إلَّا بِبَيِّنَةٍ، وكذا وَكِيلُ الزَّوجِ أوِ الزَّوجةِ، ومَوْلَى العبدِ إذا أقَرَّ بِالنِّكَاحِ لا يصحُّ إلَّا بِبَيِّنَةٍ عندَ أَبي حَنِيفَةَ، خِلافًا لصاحِبَيْهِ، معَ أنَّ المُقِرَّ يَمْلِكُ استئنافَ العَقْدِ.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنَّه يَمْلِكُ استئْنافَ العَقْدِ مُطلقًا، بلْ يَمْلِكُه مُقَيَّدًا بحالِ حضرةِ الشُّهودِ، و[لوْ][1] لَمْ يكُنْ شُهودُ النِّكَاحِ حُضورًا وَقْتَ الإِقْرَارِ، فلَمْ يَمْلِكِ الإِقْرَارَ؛ لأنَّه لَمْ يَمْلِكِ الإنشاءَ بِلا شهودٍ، وهذا هو الجوابُ الشَّافي.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، «غ».

بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ بِمِثْلِ ذَلِكَ الثَّمَنِ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، بخلاف غير المعين عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ.

وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: بِعْنِي هَذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ، فَبَاعَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمَرَهُ(١)؛ فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ السَّابِقَ إِقْرَارٌ مِنْهُ بِالْوَكَالَةِ عَنْهُ فَلَا يَنْفَعُهُ الْإِنْكَارُ اللَّاحِقُ.

غاية البيان

وقولُ بعضِ الشَّارِحينَ: إنَّ قولَه: «يَمْلِكُ استِئْنافَه» وقَعَ علىٰ قولِهما، وقولَه: «ولا تُهمةَ فيه» وقَعَ علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ؛ بعيدٌ عنِ التَّحقيقِ؛ لأنَّ المجموعَ دليلُ أبي حَنِيفَةَ، لا قوله: «ولا تهمةَ فيه» وحْدَه(٢).

قولُه: (فِي حَالِ غَيْبَتِهِ)، أيْ: غَيْبَةِ المُوَكِّلِ، قَيَّدَ به؛ لأنَّه إذا كانَ حاضرًا وصَرَّحَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لِنفسِه؛ يقَعُ الشِّرَاءُ للوَكِيلِ، وإنْ كانَ مأمورًا بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه؛ لأنَّه خالَفَ، فانعزَلَ بمخالفتِه لَه حالَ حَضْرتِه.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إِشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَ قبلَ صفحةٍ بقولِه: (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ؛ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَشْتَرِيَهُ لِنَفْسِهِ).

قولُه: (عَلَىٰ مَا ذَكَرْنَا لِأَبِي حَنِيفَةَ)، إِشَارَةٌ إلىٰ دليلِ أَبِي حَنِيفَةَ قبلَ خُطُوطٍ(٣)، وهوَ قولُه: (لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ).

قولُه: (وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: بِعْنِي هَذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ، فَبَاعَهُ ثُمَّ أَنْكَرَ أَنْ يَكُونَ فُلَانٌ أَمَرَهُ؛ فَإِنَّ فُلَانًا يَأْخُذُهُ).

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ [٢/٢٩٧ط] عَن

---

(١) زاد بعده في (ط): «ثم جاء فلان وقال أنا أمرته بذلك».

(٢) رده العيني بقوله: قلت: لا بعد فيه؛ لأن المسألة متفقة مع اختلاف التخريج. ينظر: «البناية شرح الهداية» [٩/٢٥٢].

(٣) يعني: سُطور.

فَإِنْ قَالَ فُلَانٌ لَمْ آمُرْهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ ؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ يَرْتَدُّ بِرَدِّهِ.

غاية البيان

أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه: في رَجُلٍ قالَ لرَجُلٍ: بِعْنِي هذا العبدَ لفلانٍ، فاشْتراهُ لَه، ثمَّ أنكرَ أنْ يكونَ فلانٌ أمرَه بذلكَ، ثمَّ جاءَ فُلانٌ فقالَ: أَنا أمَرْتُه. قالَ: يأخذُه فلانٌ، فإنْ قالَ فُلانٌ: لَمْ آمُرْه، وقدْ كانَ اشتراهُ لفلانٍ، لَمْ يكُن لفلانٍ إلَّا أنْ يُسلِّمَه له المُشْتَرِي، فإنْ سَلَّمَه وأخَذَه الَّذي اشْتراهُ لَه؛ كانَ بَيعًا للَّذي أخَذَه مِن المُشْتَرِي، وكانتِ العُهدةُ عليْه»[1]. وهذا كلُّه مِنَ الخواصِّ.

فمعْنىٰ قولِه: (بِعْنِي هَذَا العَبْدَ لِفُلَانٍ)، أيْ: لأجْلِ فُلانٍ، يعْني: أنَّ فلانًا أمرَني أنْ أشْتَرِيَ هذا العبدَ لأجْلِه، فباعَه صاحبُ العبدِ، ثمَّ أنكرَ المُقِرُّ أمْرَ فلانٍ بعدَ الشِّرَاءِ [٦/٢٢و/م] [وقالَ][2]: لَمْ يكُنْ فُلانٌ أمَرَني، بلِ اشتريْتُه لنفْسي؛ ينعقدُ البَيْعُ في الحالِ؛ لأنَّه لا مُنَازَعَةَ في الحالِ.

فإذا جاءَ فلانٌ بعْدَ ذلِكَ وقالَ: كنْتُ أمرْتُه بالشِّرَاءِ؛ فَلَه أنْ يأخذَ العبدَ مِنَ المُشْتَرِي؛ لأنَّ قولَ المُشْتَرِي: بِعْنِي لفلانٍ؛ إقْرارٌ منهُ بالوَكَالَةِ، وإقرارُه علىٰ نفْسِه صحيحٌ، فرُجوعُه بعدَ ذلكَ لا يصحُّ، ويقَعُ الشِّرَاءُ للمُوَكِّلِ.

وإنْ قالَ فُلانٌ: لَمْ آمُرْه بذلِكَ؛ لَمْ يكُنْ لَه علىٰ العبدِ سَبيلٌ، وإنْ قالَ بعْدَ ذلِكَ: أمَرْتُه؛ لأنَّ إِقْرَارَ المُقِرِّ ارتدَّ بِرَدِّ المُقَرِّ لَه، فإذا عادَ إلىٰ تصْديقِه بعدَ ذلِكَ لَمْ ينفَعْه؛ لأنَّه عادَ حينَ انتفَىٰ الإِقْرَارُ، فلَمْ يصحَّ تصديقُه، ولزِمَ الشِّرَاءُ للمُشْتَرِي إلَّا إذا سَلَّمَ المُشْتَرِي العبدَ إلىٰ فلانٍ بعدَ قولِه: «لَمْ آمُرْه». فيكونُ ذلِكَ بيعًا مبتدأً بسبيلِ التَّعاطِي، وصارَ كمَنِ اشْتَرَىٰ شيئًا لغيرِه بغيرِ أمْرِه، لزِمَ المُشْتَرِي، فإنْ طلَبَ المُشْتَرَىٰ لَه، فسَلَّمَه المُشْتَرِي إليْه وأخَذَه؛ كانَ ذلِكَ بيْعًا بالتَّعاطِي.

قالَ فخرُ الإسْلامِ وغيرُه في «شروح الجامع الصغير»: «وثَبَتَ بِهذا أَنَّ بَيْعَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٤].
(٢) ما بين المعقوفين

قال: إِلَّا أَنْ يُسلِّمَهُ الْمُشْتَرِي لَهُ فَيَكُونُ بَيْعًا عَنْهُ وَعَلَيْهِ الْعُهْدَةُ؛ لِأَنَّهُ صَارَ مُشْتَرِيًا بِالتَّعَاطِي، كَمَنْ اشْتَرَىٰ لِغَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ حَتَّىٰ لَزِمَهُ ثُمَّ سَلَّمَهُ الْمُشْتَرَىٰ لَهُ، وَدَلَّتْ الْمَسْأَلَةُ عَلَىٰ أَنَّ التَّسْلِيمَ عَلَىٰ وَجْهِ الْبَيْعِ يَكْفِي لِلتَّعَاطِي وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ نَقْدُ الثَّمَنِ، وَهُوَ يَتَحَقَّقُ فِي النَّفِيسِ وَالْخَسِيسِ لِاسْتِتْمَامِ التَّرَاضِي وَهُوَ الْمُعْتَبَرُ فِي الْبَابِ.

قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا، وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا،

غاية البيان

التَّعاطِي كما يكونُ بأخْذٍ وإعطاءٍ، فقدْ ينعقِدُ بِالتَّسليمِ علىٰ جهةِ البَيْعِ والتَّمْليكِ، وإنْ كانَ أخْذًا بِلا إعطاءٍ؛ لعادةِ النَّاسِ، وثَبَتَ بِه أنَّ النفِيسَ مِنَ الأمْوالِ والخَسِيسَ في بَيْعِ التَّعاطِي سواءٌ».

قولُه: (وَكَانَتِ العُهْدَةُ عَلَيْهِ)، يعْني: لَمَّا انعقَدَ بينَهُما بَيْعُ التَّعاطِي؛ كانتِ العهدةُ للآخِذِ علىٰ المُشْتَرِي. كذا فَسَّرَ فخرُ الإسْلامِ البَزْدَويُّ، وفخرُ الدِّينِ قاضي خان، وهوَ المفْهومُ مِن كلامِ محمَّدٍ ﷺ.

وقولُه: (إلَّا أَنْ يُسَلِّمَهُ الْمُشْتَرِي لَهُ)، استثناءٌ مِنْ قولِه: (لَمْ يَكُنْ لَهُ).

والمُشْتَرِي: بكسْرِ الرَّاءِ، وهوَ الظَّاهِرُ مِن كلامِ محمَّدٍ، وإنْ كانَ للفتحِ وَجْهٌ علىٰ معْنىٰ: إلَّا أنْ يُسَلِّمَ المُشْتَرِي العبدَ إلىٰ المُشْتَرَىٰ له.

قولُه: (وَهُوَ المُعْتَبَرُ فِي البَابِ)، أي: التَّراضِي هوَ المُعْتَبَرُ في باب البَيْعِ، فلَمَّا وُجِدَ التَّراضِي؛ انعقَدَ البَيْعُ بالتَّعاطِي في النفِيسِ والخَسِيسِ، خِلافًا لِمَا يقولُه الكَرْخِيُّ: إنَّ بَيْعَ التَّعاطِي لا ينعقِدُ إلَّا في الأشياءِ الخَسِيسةِ، وقدْ مَرَّ ذلِكَ في أوَّلِ كتابِ البيوعِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ عَبْدَيْنِ بِأَعْيَانِهِمَا، وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا،

فَاشْتَرَىٰ أَحَدَهُمَا ؛ جَازَ ؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ ، وَقَدْ لَا يَتَّفِقُ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الْبَيْعِ

غاية البيان

فَاشْتَرَىٰ أَحَدَهُمَا ؛ جَازَ) ، أيْ: قال في «الجامع الصغير».

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصغير»: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أبي حَنيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ [٦/٢٢٢ظ/م] أمَرَ رَجُلًا أنْ يَشْتَرِيَ له عبدَيْنِ بأعْيانِهما ، ولَمْ يُسَمِّ ثمنًا ، فاشْتَرَىٰ لَه أحدَهما . قالَ: جائزٌ ، وإنْ أمَرَهُ أنْ يَشْتريَهُما بألفِ درهمٍ ، فاشْتَرَىٰ أحدَهما بخمسِ مئةٍ أوْ أقلَّ وقيمتُهما سواءٌ ؛ فهوَ جائزٌ ، وإنِ اشْتَرَىٰ بأكثرَ ؛ لَمْ يلزمِ الآمِرَ إلَّا أنْ يَشْتَرِيَ الآخرَ ببقيَّةِ الألفِ قبلَ أنْ يختَصِما .

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: إذا اشْتَرَىٰ أحدَهما بأكثرَ مِن خمسِ مئةٍ بِما يتَغابَنُ فيهِ الناسُ ، وقدْ بقِيَ ما يُشْتَرَىٰ بمِثْلِه العبدُ البَاقي ؛ فهوَ جائزٌ»[1] ، وهذِه مِن خواصِّ «الجامع الصغير».

اعلَمْ: أنَّ المَأْمُورَ بشراءِ عبْدَيْنِ بأعيانِهما ، إذا لَمْ يكُنِ الثَّمَنُ مُسمًّىٰ إذا اشْتَرَىٰ [٢/٢٩٨و] أحدَهما بمِثْلِ قيمتِه ، أوْ بأقلَّ مِن قيمتِه ، أوْ بأكثرَ مِن قيمتِه بِما يتغابَنُ الناسُ فيهِ ؛ جازَ علَىٰ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّه قد يتَّفِقُ الجمْعُ بينَهما ، وقد لا يتفِقُ ، فجُعِلَ توكيلًا بشراءِ كُلِّ واحدٍ منهُما .

ثمَّ الشِّرَاءُ بأكثرَ مِن قيمتِه ـ بِما يتَغابَنُ الناسُ فيهِ ـ جائزٌ علىٰ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ الاحترازَ عمَّا يتَغابَنُ الناسُ فيهِ متعذِّرٌ ، فكانَ داخلًا تحتَ الوَكَالَةِ ، بخِلافِ ما لا يتَغَابَنُ الناسُ فيهِ ، فإنَّ الشِّرَاءَ بِه لا يَنْفُذُ علىٰ المُوَكِّلِ ، وهذا بالاتِّفاقِ ، بخِلافِ الوَكِيلِ بِالبَيْعِ إذا باعَ بغبْنٍ فاحشٍ ؛ جازَ عندَ أَبي حَنيفَةَ ﷺ ، وسيَجِيءُ ذلِكَ في الفصلِ الثَّالثِ .

وإنْ أمرَه أنْ يَشْتريَهُما بألفٍ وقيمتُهما سواءٌ ، فاشْتَرَىٰ أحدَهما بخمسِ مئةٍ ،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٧ ـ ٤٠٨].

. . . .

أوْ بأقلَّ ؛ جازَ على المُوَكِّلِ بالإجْماعِ ، وإنِ اشتراهُ بأكثرَ مِن خمسِ مئةٍ ؛ لَمْ يلزمِ الآمِرَ إلَّا أنْ يَشْتَرِيَ البَاقِي ببقيَّةِ الألفِ قبْلَ أنْ يَختصِما ، قَلَّتِ الزِّيَادَةُ علىٰ الخمسِ مئةٍ ، أو كثرتْ.

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: إذا اشْتَرَىٰ أحدَهما بأكثرَ مِن نِصْفِ الألفِ ، بما يتَغَابَنُ الناسُ فيهِ ، وقدْ بقِيَ مِن الألفِ مَا يُشْتَرَىٰ بمثلِه البَاقِي ؛ جازَ علىٰ المُوَكِّلِ.

قالَ الفَقيهُ أبو اللَّيثِ رحمه الله في «**شرح الجامع الصغير**»: «احتُمِلَ أنَّ المسألةَ لا اختِلافَ فيها ؛ لأنَّ أَبا حَنِيفَةَ رحمه الله إنَّما قالَ: لَمْ يَجُزْ شِراؤُه علىٰ الآمِرِ إذا زادَ زيادةً لا يتَغَابَنُ الناسُ في مِثْلِها.

وأبو يوسُف ومحمَّدٌ قالا في الَّذي يتَغَابَنُ الناسُ في مِثْلِه: إنَّه يلزمُ الآمِرَ ، فإذا حُمِلَتْ علىٰ هذا الوجهِ: لا يكونُ في المسألةِ اختلافٌ.

واحتُمِلَ في المسألةِ اختلافٌ في قولِ أَبي حَنِيفَةَ رحمه الله ، [٦/٢٣و/م] إذا زادَ علىٰ خمسِ مئةٍ قليلًا أوْ كثيرًا ، لا يجوزُ عَلىٰ الآمِرِ ، وفي قولِهما: يجوزُ إذا كانتِ الزِّيَادَةُ قليلةً». إلىٰ هُنا لفْظُ الفَقيهِ أبي اللَّيثِ.

وَجْهُ قولِهما: أنَّ التَّوْكِيلَ حَصَلَ مطلقًا مِن غيرِ تقْيِيدٍ بخمسِ مئةٍ ، والمطْلَقُ ينصَرِفُ إلىٰ المتعارَفِ ، وبِالزِّيادةِ عَلىٰ خمسِ مئةٍ بغبْنٍ يسيرٍ لا يخرجُ عَنِ المتَعارَفِ ، فلَمْ يكُنِ الوَكِيلُ مخالِفًا ، فجازَ شِراؤُه علىٰ المُوَكِّلِ.

أَلَا تَرىٰ أنَّه بقِيَ مِن الألفِ ما يُمْكِنُ به شِرَاءُ العبدِ البَاقِي ، فإِذَنْ يحْصُلُ بِهِ غَرَضُ الآمِرِ ، وهوَ تَحصيلُ العَبْدَيْنِ بألفٍ ، فَلا يكونُ مُخالِفًا ، ولِهذا إذا اشْتَرَىٰ العبدَ البَاقِي ببقيَّةِ الألفِ قبْلَ أنْ يَرُدَّه الآمِرُ جازَ علىٰ الآمِرِ بِالاتِّفاقِ ، فكذا هذا ، بخلافِ الغَبْنِ الفاحشِ ؛ فإنَّه خارجٌ عنِ المتعارَفِ ، فلَمْ يدخُلْ تَحْتَ الوَكَالَةِ.

إِلَّا فِيمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ؛ لأنه تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ، وَهَذَا كُلُّهُ بِالْإِجْمَاعِ.

وَلَوْ أَمَرَهُ بِأَنْ يَشْتَرِيَهُمَا بِأَلْفٍ وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ، فَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ إِنْ اشْتَرَىٰ أَحَدَهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ أَوْ أَقَلَّ جَازَ، وَإِنْ اشْتَرَىٰ بِأَكْثَرَ لَمْ يَلْزَمْ الْآمِرَ؛ لِأَنَّهُ قَابَلَ الْأَلْفَ بِهِمَا وَقِيمَتُهُمَا سَوَاءٌ فَيُقَسَّمُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ دَلَالَةً، فَكَانَ آمِرًا بِشِرَاءِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِخَمْسِمِائَةٍ ثُمَّ الشِّرَاءُ بِهَا مُوَافَقَةٌ وَبِأَقَلَّ مِنْهَا مُخَالَفَةٌ إِلَىٰ خَيْرٍ وَالزِّيَادَةُ إِلَىٰ شَرٍّ قَلَّتْ الزِّيَادَةُ أَوْ كَثُرَتْ فَلَا يَجُوزُ.

إِلَّا أَنْ يَشْتَرِيَ الْبَاقِيَ بِبَقِيَّةِ الْأَلْفِ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا اسْتِحْسَانًا؛ لِأَنَّ شِرَاءَ

غاية البيان

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﵀: أنَّ مُطْلَقَ مُقابلةِ الألفِ بالعبدَيْنِ حالَ استوائِهما في القِيمَةِ دلالةُ انقِسامِ الألفِ عليهما على السَّواءِ، فكانَ آمِرًا بشراءِ كُلِّ واحدٍ منهُما بخمسِ مئةٍ دلالةً، فلوْ صَرَّحَ بشراءِ كُلِّ واحدٍ منهما بخمسِ مئةٍ؛ لَمْ يَجُزِ الشِّراءُ بالزِّيادةِ، قَلَّتْ أوْ كثرَتْ، فكذا فيما نحنُ فيهِ؛ لأنَّ الثَّابتَ دلالةً كالثَّابتِ صريحًا.

فَعلَىٰ هذا القِياس: لا يَجوزُ الشِّراءُ على الآمِرِ إذا اشْتَرَىٰ العبدَ البَاقِي ببقيَّةِ الألفِ؛ لأنَّه مخالِفٌ، إلَّا أنَّا استحْسَنَّا وقُلْنا: يَنْفُذُ الكلُّ على الآمِرِ إذا اشْتَرَىٰ العبدَ البَاقِيَ ببقيَّةِ الألفِ؛ لأنَّ الصَّريحَ أحقُّ بالعملِ مِن الدّلالةِ، وهذا لأنَّ المُوَكِّلَ صَرَّحَ أنَّ غرَضَه حصولُ العَبْدَيْنِ بألفٍ، وانقسامُ الألفِ على العَبْدَيْنِ ثبتَ دلالةً، فإذا اشْتراهُما جميعًا؛ جاءَ أَوَانُ الصَّريحِ، فبطلَتِ الدّلالةُ.

قولُه: (إلَّا فِيمَا لا يَتغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ)، استثناءٌ مِن قولِه: (جَازَ).

قولُه: (لِأَنَّهُ تَوْكِيلٌ بِالشِّرَاءِ)، احترازٌ عَن التَّوْكِيلِ بِالبَيْعِ، فإنَّ ذلكَ يَجوزُ مِن الوَكِيلِ بغبْنٍ فاحشٍ عندَ أَبي حَنِيفَةَ، وسيَجِيءُ ذلكَ.

الْأَوَّلِ قَائِمٌ وَقَدْ حَصَلَ غَرَضُهُ الْمُصَرَّحُ بِهِ وهُوَ تَحْصِيلُ العَبْدَيْنِ وَمَا ثَبَتَ الِانْقِسَامُ [٦١/ظ] إلَّا دَلَالَةً وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: إنْ اشْتَرَىٰ أَحَدَهُمَا بِأَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْأَلْفِ بِمَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ وَقَدْ بَقِيَ مِنْ الْأَلْفِ مَا يُشْتَرَىٰ بِمِثْلِهِ الْبَاقِي جَازَ) ؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ لَكِنَّهُ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ وَهُوَ فِيمَا قُلْنَا ، وَلَكِنْ لَا بُدَّ أَنْ يَبْقَىٰ مِنْ الْأَلْفِ بَاقِيَةٌ يُشْتَرَىٰ بِمِثْلِهَا الْبَاقِي لِيُمْكِنَهُ تَحْصِيلُ غَرَضِ الْآمِرِ.

قال: وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ، فَاشْتَرَاهُ، جَازَ ؛ لِأَنَّ فِي تَعْيِينِ الْمَبِيعِ تَعْيِينَ الْبَائِعِ ؛ ....

غاية البيان

قولُه: (غَرَضُهُ)، أيْ: غرَضُ الآمِرِ.

قولُه: (هُوَ تَحْصِيلُ العَبْدَيْنِ)، الضَّميرُ راجعٌ إلىٰ (غَرَضُهُ).

قولُه: (وَالصَّرِيحُ يَفُوقُهَا)، أي: يفوقُ الدّلالةَ، وبيانُه اندرَجَ [٢/٢٩٨ظ] فيما بَيَّنَّا.

قولُه [٦/٢٣ظ/م]: (وَهُوَ فِيمَا قُلْنَا)، أي: المتعارَف فيما يتَغَابَنُ الناسُ فيهِ.

قولُه: (وَمَنْ لَهُ عَلَىٰ آخَرَ أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا هَذَا العَبْدَ، فَاشْتَرَاهُ ؛ جَازَ)، أيْ: قالَ في «**الجامع الصغير**».

وصورةُ المسألةِ فيهِ: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ كانَ لَه علىٰ رَجُلٍ ألفُ درهمٍ، فأمَرَه الَّذي لَه المالُ أنْ يَشْتَرِيَ لَه بِها هذا العبدَ، فاشْتراهُ. قالَ: جائزٌ، وإنْ أمرَه أنْ يَشتَرِيَ له بها عبدًا بغيرِ عَيْنِه، فَاشتراهُ، فإذا قبَضَه الآمِرُ؛ فهوَ لَه، وإنْ ماتَ في [يَدِ][1] المُشْتَرِي قبْلَ أنْ يقْبِضَه الآمِرُ؛ ماتَ مِن مالِ المُشْتَرِي، والألفُ على المُشْتَرِي كما هيَ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

وقالَ يعْقوبُ ومحمَّدٌ: ذلكَ جائزٌ لازِمٌ للآمِرِ في الوجهَيْنِ جميعًا إذا قبَضَه المَأمُورُ»[1]. إلى هُنا لفْظُ محمَّدٍ في «**أصل الجامع الصغير**».

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: «وكذلِكَ إذا قالَ: أسْلِمْ ما لي عَلَيْكَ إلى فلانٍ في كذا؛ صحَّ بِالإجْماعِ، ولوْ قالَ: إلى مَن شِئْتَ؛ فَعلَى الاختلافِ».

وقالَ في «**المختلف**»: «وكذلِكَ الصَّرْفُ»[2].

فالحاصلُ: أنَّه إذا أمرَ غريمَه أنْ يَشْتَرِيَ لَه بِما عليْه شيئًا، فإنْ عَيَّنَ المَبِيعَ أو البَائِعَ جازَ، وإلَّا فَلا، وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: يَجوزُ في الوَجهَيْنِ.

لهما: أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ لا تتعيَّنانِ في عُقُودِ المُعَاوَضَاتِ وفُسُوخِها عندَنا، خلافًا لِزُفَر والشَّافِعِيِّ، وقد عُرِفَ ذلكَ في «**طريقة الخلاف**»[3] في كتابِ الصَّرْفِ، فكما لا تتعيَّنانِ إذا كانَتا عينًا؛ لا تتعيَّنانِ إذا كانتا دَيْنًا، ولهذا إذا اشْتَرَىٰ شيئًا بِدَيْنٍ لَه على البَائِعِ، ثمَّ تَصادَقا على أنْ لا دَيْنَ لَه؛ لا يَبْطُلُ الشِّرَاءُ، ووجَبَ مِثْلُ ذلكَ الدَّيْنِ، فإذا لَمْ يَتَعَيَّنْ دراهمُ الدَّيْنِ، صارَ التقييدُ والإطلاقُ سواءً، فإذا أطلقَ الشِّرَاءَ بدراهمَ مُطْلَقةٍ؛ جازَ عَلىٰ المُوَكِّلِ، فَكذا إذا قَيَّدَ بدراهمِ الدَّيْنِ، فصارَ كما إذا عَيَّنَ البَائِعَ أو المَبِيعَ، أَلَا تَرىٰ أنَّه لوْ قالَ: تصَدَّقْ بما لي عليكَ عَلىٰ المساكينِ؛ جازَ.

ولأَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ هذا تَوْكِيلٌ بِالباطلِ، والتَّوْكِيلُ بِالباطلِ بَاطِلٌ، وهذا لأنَّه تَوْكِيلٌ بتمليكِ الدَّيْنِ مِن غَيرِ مَن عليْه الدَّيْنُ، وهوَ البَائِعُ، فَلا يجوزُ؛ لأنَّه تمليكُ ما لا يَقْدِرُ عَلىٰ تسليمِه، بخِلافِ التَّمْلِيكِ ممنْ عليْهِ الدَّيْنُ؛ لأنَّه في قَبْضِه.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٠].

(٢) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٧٣٧/٣].

(٣) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٥٤ ـ ٣٥٧].

. . . .

وإنَّما قُلْنا: إنَّه تَوْكِيلٌ بتمليكِ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليْه الدَّيْنُ؛ لأنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ تتعيَّنانِ في الوَكَالَةِ، ولهذا قالوا في [٦/٢٤٤و/م] «**شُروح الجامع الصغير**»: إنَّ الدَّراهمَ إذا عُيِّنَتْ في التَّوْكِيلِ بِالشِّرَاءِ، ثمَّ هلكَتْ عندَ الوَكِيلِ؛ بطلَتِ الوَكَالَةُ.

أَلَا تَرىٰ أنَّ النَّاطِفِيَّ نقَلَ في «**الأجناس**»[(١)] عنِ «**الأصل**»[(٢)]: «الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذا قبَضَ الدنانيرَ مِن المُوَكِّلِ، وقدْ أَمَرَه أنْ يَشْتَرِيَ بِها طعامًا، فاشْتَرَىٰ بدنانيرَ غيرِها، ثمَّ نَقَدَ دنانيرَ المُوَكِّلِ، فالطَّعامُ للوَكِيلِ، وهوَ ضامنٌ لدنانيرِ المُوَكِّلِ».

ثمَّ قالَ النَّاطِفِيُّ: «هذِه المسألةُ تدلُّ علىٰ أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ تتعيَّنانِ في الوَكَالَةِ، وهذا بخِلافِ ما إذا عَيَّنَ البَائِعَ أوْ عَيَّنَ المَبِيعَ، حتىٰ تعَيَّنَ البَائِعُ بتَعَيُّنه، حيثُ يصحُّ التَّوْكِيلُ؛ لأنَّ البَائِعَ يَصيرُ نائبًا عنهُ بِالقَبْضِ؛ لأنَّ تعْيينَ البَائِعِ يَكونُ إذْنًا مِن المُوَكِّلِ بِالقَبْضِ، ثمَّ يقَعُ الشِّرَاءُ بعْدَه، فلا يُؤدِّي إلىٰ تمليكِ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليْهِ الدَّيْنُ؛ لأنَّ قَبْضَ النَّائبِ كقَبْضِ المُوَكِّلِ.

وبخِلافِ الأمرِ بِالتَّصدُّقِ؛ لأنَّه إخراجُ المالِ إلىٰ اللهِ تعالىٰ، وهوَ مَعْلُومٌ، وليسَ كذلِك إذا لَمْ يكنِ البَائِعُ مُعَيَّنًا؛ لأنَّ إنابةَ شخصٍ مَجْهُولٍ لا تتَحَقَّقُ بقَبْضِ الدَّيْنِ، وإذا لَمْ يصحَّ التَّوْكِيلُ يقَعُ الشِّرَاءُ للوَكِيلِ، فإذا هلَكَ في يدِه هلَكَ عليْه، فإنْ دَفَعَه إلىٰ الآمِرِ وقَبِلَه الآمِرُ فهُو لَه؛ لأنَّه يقَعُ البَيْعُ بينَهُما ابتداءً بسبيلِ [٢/٢٩٩ر] التعاطِي؛ لأنَّه دفَعه علىٰ جهةِ التَّمْلِيكِ، وبَيْعُ التعاطِي جائزٌ عندَنا فيما عزَّ مِن الأموالِ أوْ خَسَّ.

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ تتعَيَّنانِ في الهِبَةِ، والوَصِيَّةِ، والمُضَارَبَةِ، والشَّرِكَةِ قبلَ القَبْضِ والتَّسْليمِ، نصَّ عليْهِ في «**الزِّيادات**» في باب مِنَ الوَكَالَة

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٣١٩].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٨٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

بِالشيءِ يكونُ على غيرِ ما أمَرَهُ.

نَعْلَمَ بذلِكَ: أنَّ ما قالَه صاحبُ «**الهداية**» في الفصلِ الثّاني مِن كتابِ الشَّركَةِ بقولِه: (**بِخِلَافِ المُضَارَبَةِ وَالوَكَالَةِ المُفْرَدَةِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَعَيَّنُ الثَّمَنَانِ فِيهِمَا بِالتَّعْيِينِ، وَإِنَّمَا يَتَعَيَّنَانِ بِالقَبْضِ**)، **فيه نَظَرٌ** مَرَّ بيانُه في «كتاب الشَّرِكَة».

أمّا في الوَكَالَةِ: فإنَّ النُّقُود فيها لا تتَعَيَّنُ قبْلَ التَّسلِيمِ، وفي تَعْيِينِها بعْدَ التَّسْلِيمِ اختلافُ المشايخِ، ذكَرَه فخرُ الإسلام في «شرح الزيادات»، وقد مَرَّ ذلِكَ أيضًا.

وقالَ الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في «**شرْح الجامع الكبير**» ـ في باب مِنَ الأيمان مما يُوجِبُ الرَّجُلُ [على][(١)] نفسِه ـ: اختلَفَ مَشايخُنا في الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ أنّهما عندَ الإشَارَةِ إليْهِما، هَل يتَعَيَّنانِ [٦/٢٤ط/م] في العُقُودِ أمْ لا؟

قالَ أبو طاهرٍ الدَّبَّاسُ: إنَّهما لا يتَعَيَّنانِ. وحكاهُ عَن القاضي أبي خازمٍ، وهُو قولُ أكثرِ مَشايخِ بلْخ، ونسبَه الشيخُ أبو سهلٍ الشَّرْغِيُّ إلى عامَّةِ المشايخِ.

وقالَ الكَرْخِيُّ: إذا أشارَ إليْها تعيَّنَتْ ولكنْ معَ هذا للمُشْتَرِي أنْ يَمْنعَها ويدْفَعَ غيرَها؛ لعدَمِ التَّفَاوُتِ بينَها وبينَ غيرِها». وفسَّرَ الشيخُ أبو المُعِينِ قولَ الكَرْخِيِّ بأنّهما تتعَيَّنانِ في العُقُودِ جوازًا لا وُجوبًا.

وقالَ علاءُ الدّينِ العالِمُ في «طريقة الخلاف»: «قالَ عُلماؤُنا الثَّلاثةُ: الدَّراهمُ والدَّنانيرُ لا تتعَيَّنانِ في عُقُودِ المُعَاوَضَاتِ وفُسُوخِها وإنْ عُيِّنَتْ حتّى لا يُطالِبَ المُشْتَرِي بأداءِ تلكَ الدَّراهمِ، ولَه أنْ يُمْسِكَها ويُسَلِّمَ غيرَها، ولا ينْفَسِخُ البَيْعُ بهلاكِها قبْلَ القَبْضِ.

وقالَ زُفَرُ والشَّافِعِيُّ: تتعَيَّنانِ، حتّى يجب عَلى المُشْتَرِي تسليمُها عيْنًا،

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة مـ: «ر»، و«م»، و«فتح»، و«غ»، و«ض».

وَلَوْ عَيَّنَ البَائِعَ؛ يَجُوزُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُه إن شاء الله.

وينفسخ البَيْعُ بِهلاكِها، كما في جانبِ المَبِيعِ».

ثمَّ قالَ العالمُ فيها: «وعَن أصحابِنا روايتانِ: في أنَّ الدَّراهمَ والدَّنانيرَ هَل تتعيَّنانِ في العُقُودِ الفَاسِدَةِ؟ والمختارُ: عدمُ التعيُّنِ»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ العالمِ ﷺ.

ثمَّ اعْلَمْ: أنَّ عدمَ تعيُّنِ الدَّراهِمِ والدَّنانيرِ: في حقِّ الاِسْتِحْقَاقِ لا غيرُ، فإنَّهما تتعيَّنانِ جنسًا وقدْرًا ووصْفًا بالاتِّفاقِ، وبِه صَرَّحَ الإمامُ العَتَّابِيُّ في «شرْح الجامع».

واستدلَّ عامَّةُ المشايخِ بِمسألةِ «الجامع»، وهيَ ما إذا قالَ: إنْ بعْتُكَ عبْدِي هذا بهذا الألفِ وهذا الكُرِّ فهما صدقةٌ، فباعَه بِهما؛ لزمَه التصَدُّقُ بالكُرِّ، دونَ الدَّراهمِ؛ لأنَّ البَيْعَ سببٌ لِملْكِ الكُرِّ؛ لأنَّه يتَعَيَّنُ، وليسَ بسببٍ لمِلْكِ هذِه الألفِ؛ لأنَّها لا تتَعَيَّنُ.

واستدلَّ الكَرْخِيُّ بِهذِه المسألةِ فَقالَ: لوْلا أنَّ العَقْدَ تَناوَلَهُما؛ لَمَا وجَبَ التصَدُّقُ بالكُرِّ، إلا أنَّ التصَدُّقَ بالألفِ لَمْ يجِبْ؛ لأنَّ حالةَ لزومِ التصَدُّقِ: حالةُ وجوبِ النَّذْرِ، وهو يُوجَدُ حُكْمًا عندَ الفراغِ عَن البَيْعِ، وكما فرَغَ عَن البَيْعِ صارَ الكُرُّ مِلْكًا لَه؛ لانعِدامِ الخِيَارِ لِمُمَلِّكِه، فَصادَفَه النذْرُ، فوَجَبَ التصَدُّقُ بِه.

فأَمَّا الألفُ وإنْ كانَ مُتَعَيِّنًا، ولكِن كانَ لِلمُشْتَرِي الخِيَارُ إنْ شاءَ سَلَّمَ عيْنَها، وإنْ شاءَ لَمْ يُسَلِّمْ، فكانَ لَه عندَ وُجوبِ النذْرِ خِيَارٌ في حقِّ الألفِ، فلَمْ يَزُلْ عَن مِلْكِ المُشْتَرِي وإنْ تناوَلَه العَقْدُ، فصارَ النذْرُ وَقْتَ وُجوبِه مضافًا إليْهِ، ولا مِلْكَ فيهِ للنَّاذِرِ، فلَمْ يجبِ التصَدُّقُ.

قولُه: (وَلَوْ عَيَّنَ البَائِعَ؛ يَجُوزُ عَلَىٰ مَا نَذْكُرُ)، إِشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَه بقولِه بعدَ عشرةِ خُطوطٍ: (بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ البَائِعَ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ بِالقَبْضِ).

---

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٥٤].

(وَإِنْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَاشْتَرَاهُ فَمَاتَ فِي يَدِهِ قَبْلَ أَنْ يَقْبِضَهُ الْآمِرُ مَاتَ مِنْ مَالِ الْمُشْتَرِي، وَإِنْ قَبَضَهُ الْآمِرُ فَهُوَ لَهُ) وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وقال أبو يوسف ومحمد: هُوَ لَازِمٌ لِلْآمِرِ إذَا قَبَضَهُ الْمَأْمُورُ) وَعَلَى هَذَا إذَا أَمَرَهُ أَنْ يُسَلِّمَ مَا عَلَيْهِ أَوْ يَصْرِفَ مَا عَلَيْهِ.

لَهُمَا أَنَّ الدَّرَاهِمَ وَالدَّنَانِيرَ لَا يَتَعَيَّنَانِ فِي الْمُعَاوَضَاتِ دَيْنًا كَانَتْ أَوْ عَيْنًا، أَلَا يَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ تَبَايَعَا عَيْنًا بِدَيْنٍ ثُمَّ تَصَادَقَا أَنْ لَا دَيْنَ لَا يَبْطُلُ الْعَقْدُ فَصَارَ الْإِطْلَاقُ وَالتَّقْيِيدُ فِيهِ سَوَاءً فَيَصِحُّ التَّوْكِيلُ وَيَلْزَمُ الْآمِرَ؛ لِأَنَّ يَدَ الْوَكِيلِ كَيَدِهِ. وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهَا تَتَعَيَّنُ فِي الْوَكَالَاتِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الوَكَالَةَ بِالعَيْنِ مِنْهَا، أَوْ بِالدَّيْنِ مِنْهَا، ثُمَّ اسْتَهْلَكَ، أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ؛ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ.

غاية البيان

قولُه [٢/٢٩٩ظ]: (أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ قَيَّدَ الوَكَالَةَ بِالعَيْنِ مِنْهَا، أَوْ بِالدَّيْنِ [٦/٢٥و/م] مِنْهَا، ثُمَّ اسْتَهْلَكَ، أَوْ أَسْقَطَ الدَّيْنَ؛ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ).

قالَ بعضُ الشَّارِحينَ: إنَّما قَيَّدَ بالاستِهلاكِ دونَ الهلاكِ؛ لأنَّ بطلانَ الوَكَالَةِ مخصوصٌ بِالاستهلاكِ دونَ الهلاكِ، وهذا الَّذي ذكرَه مخالفٌ لِمَا ذكروه في «شروح الجامع الصغير» في هذا الموضعِ، حيثُ قالوا: لَوْ هلكتِ الدَّراهمُ المسَلَّمةُ إلىٰ الوَكيلِ بِالشِّرَاءِ بطلَتِ الوَكَالَةُ.

فأقولُ: كأنَّ المصنِّفَ قَيَّدَ بالاستِهْلاكِ، حتَّىٰ لا يتوهَّمَ مُتوهِّمٌ أنَّ الوَكَالَةَ لا تَبطُلُ إذا استهلكَ الوَكِيلُ الدَّراهمَ المسَلَّمةَ إليْه؛ لأنَّه يَضْمَنُ الدَّراهمَ، فيقومُ مثْلُها مقامَها، فيصيرُ كأنَّ عيْنَها باقيةٌ، فقالَ: بالاستِهْلاكِ تَبْطُلُ الوَكَالَةُ، كما في الهلاكِ؛ لتَعيُّنِ تِلكَ الدَّراهمِ، كما في هلاكِ المَبيعِ قبْلَ التَّسْليمِ[1].

(١) أقره قاضي زاده في «نتائج الأفكار تكملة فتح القدير» [٨/٦١]، والشلبي في «حاشيته على تبيين الحقائق» [٤/٢٦٧].

وَإِذَا تَعَيَّنَتْ كَانَ هَذَا تَمْلِيكُ الدَّيْنِ مَنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ مِنْ دُونِ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِقَبْضِهِ، وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَىٰ غَيْرِ الْمُشْتَرِي أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالقَبْضِ قَبْلَهُ وَذَلِكَ بَاطِلٌ كَمَا إِذَا قَالَ أَعْطِ مَالِي عَلَيْكَ مَنْ شِئْتَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا عَيَّنَ الْبَائِعَ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ وَكِيلًا عَنْهُ فِي الْقَبْضِ ثُمَّ يَتَمَلَّكُهُ، وَبِخِلَافِ مَا إِذَا أَمَرَهُ بِالتَّصَدُّقِ؛ لِأَنَّهُ جَعَلَ الْمَالَ لِلَّهِ وَهُوَ مَعْلُومٌ. وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ التَّوْكِيلُ نَفَذَ الشِّرَاءُ عَلَى الْمَأْمُورِ فَيَهْلِكُ مِنْ مَالِهِ إِلَّا إِذَا قَبَضَهُ الْآمِرُ مِنْهُ لِانْعِقَادِ الْبَيْعِ تَعَاطِيًا.

غاية البيان

قولُه: (وَذَلِكَ لَا يَجُوزُ، كَمَا إِذَا اشْتَرَىٰ بِدَيْنٍ لَهُ عَلَىٰ غَيْرِ الْمُشْتَرِي)، أي: تمليكُ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليْه الدَّيْنُ لا يَجوزُ، ولهذا لَمْ يَجُزْ تَوْكِيلُ المَدْيُونِ بأنْ يَشْتَرِيَ المَدْيُونُ بما عليْهِ عبْدًا مِن آخرَ، كما إذا اشْتَرَىٰ الوَكِيلُ بِدَيْنٍ علىٰ غيرِه، كما إذا أمَرَه زيدٌ مثلًا أنْ يَشْتَرِيَ بِدَيْنٍ لزيدٍ علىٰ عَمْرٍو شيئًا مِن آخرَ؛ لأنَّه تمليكُ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليْه الدَّيْنُ، فكذا فيما نحنُ فيه، وهو ما إذا أمرَ الوَكِيلَ أنْ يَشْتَرِيَ بِدَيْنٍ علىٰ الوَكِيلِ عبدًا بغيرِ عَيْنِه.

قولُه: (أَوْ يَكُونُ أَمْرًا بِصَرْفِ مَا لَا يَمْلِكُهُ إِلَّا بِالقَبْضِ قَبْلَهُ)، أي: قبْلَ القَبْضِ، وهذا عطْفٌ علىٰ قولِه: (كَانَ هَذَا تَمْلِيكَ الدَّيْنِ مِنْ غَيْرِ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ)، يعْني: لَمَّا تعيَّنَتِ الدَّراهمُ والدَّنانيرُ في الوكالاتِ؛ كانَ تَوْكِيلُ المَدْيُونِ بأنْ يبتاعَ بِما عليْه تمليكَ الدَّيْنِ مِن غيرِ مَن عليهِ الدَّيْنُ، أوْ كانَ ذلِكَ أمرًا مِن المُوكِّلِ للوَكِيلِ، بأنْ يدفعَ الوَكِيلُ ما لا يَمْلِكُه المُوكِّلُ بِلا قبْضٍ قبلَ القَبْضِ، وذلِكَ بَاطِلٌ؛ لأنَّ الدَّيْنَ لا يتملَّكُه صاحبُ الدَّيْنِ قبْلَ القَبْضِ؛ لأنَّه وصْفٌ ثابتٌ في ذِمَّةِ المَدْيُونِ.

فإذا كانَ لا يَمْلِكُه قبْلَ القَبْضِ: كانَ أمرًا وتوكيلًا بِما لا يَمْلِكُه، فكانَ باطلًا، وهذا لأنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بأمْثالِها، لا بأَعْيانِها؛ لأنَّ أعْيانَها أوصافٌ في الذِّمَّةِ،

وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ أَلْفًا، وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا جَارِيَةً، فَاشْتَرَاهَا، فَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِ مِئَةٍ. وَقَالَ المَأْمُورُ: اشْتَرَيْتُهَا بِأَلْفٍ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ وَمُرَادُهُ إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا؛ لِأَنَّهُ أَمِينٌ فِيهِ وَقَدْ ادَّعَىٰ الْخُرُوجَ عَنْ عُهْدَةِ الْأَمَانَةِ وَالآمِرُ يَدَّعِي عَلَيْهِ ضَمَانَ خَمْسِمِائَةٍ وَهُوَ يُنْكِرُ، فَإِنْ كَانَتْ تُسَاوِي خَمْسِمِائَةٍ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ؛ لِأَنَّهُ خَالَفَ حَيْثُ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً تُسَاوِي خَمْسَمِائَةٍ وَالْأَمْرُ تَنَاوَلَ مَا يُسَاوِي أَلْفًا فَيَضْمَنُ.

غاية البيان

لا يُمكِنُ تمليكُها، والدَّراهمُ الَّتي جُعِلَتْ في قَضاءِ للدُّيُونِ شرْعًا كانتْ مِلْكًا للمَدْيُونِ، فتمَلَّكَها ربُّ الدَّيْنِ بِالقَبْضِ لا قبلَه، فقَبْلَ القَبْضِ كانَ التَّوْكِيلُ بدَفْعِه باطلًا؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لا يَمْلِكُه، كما إذا قالَ: أَعْطِ ما لي عليْكَ مِنَ الدَّيْنِ مَنْ شِئْتَ، أوْ أَلْقِه في البحْرِ؛ كانَ باطلًا.

بِخلافِ ما إذا قالَ: أَعْطِ ما لي عندَكَ مِن العَيْنِ [٦/٢٥ط/م] مَنْ شِئْتَ، أوْ أَلْقِه في البحْرِ؛ كانَ التَّوْكِيلُ صَحيحًا؛ لأنَّ المُوَكِّلَ يَمْلِكُه، والمرادُ مِن صَرْفِ ما لا يَمْلِكُه: دفْعُه لا عَقْدُ الصَّرْفِ.

قولُه: (وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ آخَرَ أَلْفًا، وَأَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهَا جَارِيَةً، فَاشْتَرَاهَا، فَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَهَا بِخَمْسِ مِئَةٍ. وَقَالَ المَأْمُورُ: اشْتَرَيْتُهَا بِأَلْفٍ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ)، قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَمُرَادُهُ: إِذَا كَانَتْ تُسَاوِي أَلْفًا)، وهذه مِن خواصِّ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ دفَعَ إلىٰ رَجُلٍ أَلفَ درهمٍ، وأَمَرَه أنْ يَشْتَرِيَ لَهُ بِها جَارِيَةً، فاشْتراها، فقالَ الآمِرُ: إنَّما اشتريتَها بخمسِ مئةٍ، وقالَ المَأْمُورُ: اشتريتُها بألفِ درهمٍ. قالَ: القولُ قولُ المَأْمُورِ. وإنْ كانَ الآمِرُ قالَ: اشْتَرِ لي جارِيَةً بألفِ درهمٍ، ولَمْ يدْفعْ إليْهِ شيئًا،

....

فاشْتراها، فقالَ الآمِرُ: إنَّما اشْتريتَها بخمسِ مئةٍ، وقالَ المَأْمُورُ: بلِ اشتريتُها بألفٍ. قالَ: القولُ قولُ الآمِرِ، وتلزمُ الجَارِيَةُ المُشْتَرِيَ، ولا تلزمُ الآمِرَ»[1]. إلىٰ هُنا لَفْظُ محمَّدٍ في «**أصل الجامع الصغير**».

اعلَمْ: أنَّه إذا دفعَ الألفَ إلىٰ رَجُلٍ، وقالَ لَه: اشْتَرِ لي [٢/٣٠٠و] بِها جَارِيَةً، فاشْتَرىٰ جَارِيَةً، فاختلَفا، فقالَ الآمِرُ: اشتريتَها بخمسِ مئةٍ. وقالَ المَأْمُورُ: اشتريتُها بألفٍ؛ فيُنْظَرُ: إنْ كانتِ الجَارِيَةُ تُساوِي ألفًا؛ فالقولُ قولُ المَأْمُورِ، كما قالَ محمَّدٌ في «**الجامع الصغير**»؛ لأنَّه وافَقَ أمْرَ الآمِرِ، وقدِ ادَّعَىٰ الآمِرُ عليْهِ ضَمَانَ خمسِ مئةٍ، والمَأْمُورُ يُنْكِرُ، فكانَ القولُ قولَه.

فإنْ كانتْ تُساوِي خمسَ مئةٍ؛ فالقولُ للآمِرِ، ويلزمُ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ؛ لأنَّه خالَفَ الأمْرَ؛ لأنَّ الأمْرَ تناوَلَ جَارِيَةً تُشْتَرىٰ بألفٍ، لا بخمسِ مئةٍ، سواءٌ اشْتراها بألفٍ، أوْ بخمسِ مئةٍ، معَ أنَّ في شِرائِها بألفٍ - إذا كانتْ قيمتُهما خمسَ مئةٍ - غبْنًا فاحشًا، والوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لا يَمْلِكُ ذلِكَ، هذا إذا كانَ الثَّمَنُ منقودًا إلىٰ الوَكِيلِ.

فإنْ لَمْ يكُنْ مَنقودًا فاختلَفا؛ فالقولُ قولُ الآمِرِ، وتلزَمُ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ، سواءٌ كانتْ تُساوِي ألفًا، أوْ خمسَ مئةٍ[2]، فإنْ كانَت تُساوِي خمسَ مئةٍ، فاشْتراها بألفٍ، فلأنَّه اشْتراها بغَبْنٍ فاحشٍ، وإنِ اشتراها بخمسِ مئةٍ، فلأنَّه خالَفَ الآمِرَ، وإنْ كانَت تُسَاوِي ألفًا؛ فالقولُ قولُ الآمِرِ أيضًا.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: يَتحالَفانِ فيهِ[3]، وتلزمُ الجَارِيَةُ المُشْتَرِيَ،

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٠].

(٢) وقع بالأصل: «وخمس مئة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) اختلف التصحيح، فقد صحح قاضي خان تبعاً لأبي جعفر عدم التحالف، وصحح صاحب «الهداية»، و«الكافي»، وأصحاب المتون التحالف. ينظر: «العناية شرح الهداية» [٦٤/٨]، «البناية شرح الهداية» [٢٥٩/٩]، «البحر الرائق» [١٦٤/٢].

قال: وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ [٦٢/د] أَمَّا إِذَا كَانَتْ قِيمَتُهَا خَمْسَمِائَةٍ فَلِلْمُخَالَفَةِ وَإِنْ كَانَتْ قِيمَتُهَا أَلْفًا فَمَعْنَاهُ أَنَّهُمَا يَتَحَالَفَانِ؛ لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ وَالْوَكِيلَ فِي هَذَا يَنْزِلَانِ مَنْزِلَةَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي وَقَدْ وَقَعَ الِاخْتِلَافُ فِي الثَّمَنِ وَمُوجِبُهُ التَّحَالُفُ.

ثم يُفْسَخُ العَقْدُ الَّذِي جَرَىٰ بَيْنَهُمَا فَتَلْزَمُ الْجَارِيَةُ الْمَأْمُورَ.

غاية البيان

فإنَّه أطلقَ في «الكتابِ» في هذا الفصْلِ وقالَ: القولُ قولُ الآمِرِ [٢٦/٦د/م]، ولَمْ يفصِلْ بيْنَهما إذا كانَت قيمتُها ألفًا أوْ أقلَّ.

وكانَ يَنبَغي أنْ يكونَ القولُ قولَ المَأْمُورِ إذا كانَتْ تُساوِي ألفًا؛ لأنَّه إنِ اشْتراها بألفٍ فقدْ وافَقَ الآمِرَ، وإنِ اشتراها بخمسِ مئةٍ فالوَكِيلُ بالشِّرَاءِ بألفٍ إذا اشْتَرَىٰ بخمسِ مئةٍ يلزمُ الآمِرَ، ومعَ هذا قالَ: تلزمُ المَأْمُورَ.

وإنَّما كانَ هكذا: لأنَّ الوَكِيلَ بالشِّرَاءِ معَ المُوَكِّلِ ينزِلُ منزلةَ البَائِعِ معَ المُشْتَرِي؛ لأنَّ الوَكِيلَ في حقِّ الحُقُوقِ مُشْتَرِي لنَفْسِه، ثمَّ بَائِعٌ مِن مُوَكِّلِه، والاختلافُ في الثَّمَنِ بينَ البَائِعِ والمُشْتَرِي يُوجِبُ التَّحالُفَ، فكذا هُنا، وإذا تحالَفَا فُسِخَ البَيْعُ الَّذي جرَىٰ بين الآمِرِ والمَأْمُورِ، فلزمتِ الجَارِيَةُ المَأْمُورَ[1]. كذا ذكَرَ الصدرُ الشهيدُ وفخرُ الدِّين قاضي خان وغيرُهُما في «**شروح الجامع الصغير**».

قولُه: (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَ إِلَيْهِ الأَلْفَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ)، [أي][2]: في الوجهَيْنِ جميعًا، وهُما ما إذا كانَ قِيمَةُ الجَارِيَةِ ألفًا، أوْ خمسَ مئةٍ[3].

قولُه: (يُفْسَخُ العَقْدُ الَّذِي جَرَىٰ بَيْنَهُمَا)، أيِ: العَقْدُ الَّذي جرَىٰ بينَ الوَكِيلِ

---

(١) ينظر: «شرح الجامع الصغير» للصدر الشهيد [ص٤٨٤].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) وقع بالأصل: «وخمس مئة». والمثبت من: «ن»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا العَبْدَ، وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا، فَاشْتَرَاهُ فَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَه بِخَمْسِ مِئَةٍ، وَقَالَ المَأْمُورُ: بِأَلْفٍ، وَصَدَّقَ البَائِعُ المَأْمُورَ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ.........................

والمُوَكِّلِ تقديرًا؛ لأنَّ المِلْكَ يَنْتَقِلُ إلى الوَكِيلِ أوَّلًا، ثمَّ يَنْتَقِلُ [منهُ][1] إلى المُوَكِّلِ.

قولُه: (قَالَ: وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِيَ لَهُ هَذَا العَبْدَ، وَلَمْ يُسَمِّ لَهُ ثَمَنًا، فَاشْتَرَاهُ فَقَالَ الآمِرُ: اشْتَرَيْتَه بِخَمْسِ مِئَةٍ، وَقَالَ المَأْمُورُ: بِأَلْفٍ، وَصَدَّقَ البَائِعُ المَأْمُورَ؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ المَأْمُورِ مَعَ يَمِينِهِ)، وهذِه مِن الخواصِّ، يعْني: أنَّ البَائِعَ ـ وهو مَوْلَى العبدِ ـ صدَّقَ المَأْمُورَ، وهو الوَكِيلُ، بأنَّه اشتراهُ بألفٍ.

قالَ الفقيهُ أبو جعفرٍ الهِنْدُوَانِيُّ: هذِه المسألةُ فارقَتِ المسألةَ المتقدِّمةَ، حيثُ أوْجَبَ التَّحالفَ ثَمَّةَ، وألزمَ الجاريةَ المأمورَ، وههُنا لَمْ يُوجبِ التحالُفَ، وألزَمَها الآمِرَ؛ لأنَّ البَائِعَ ههُنا حاضرٌ، وقدْ صدَّقَ المَأْمُورَ، [فكانَ ذلكَ بمنزلةِ إنشاءِ البَيْعِ بينَهما، فكانَ القولُ قولَ المَأْمُورِ][1]، فبَطَلَ الاختِلافُ.

قالَ الشيخُ أبو منصورٍ المَاتُرِيدِيُّ: يجبُ التَّحالُفُ هُنا أيضًا، وجوابُ الكتابِ يحتملُه؛ لأنَّه ذكرَ يَمِينَ الوَكِيلِ، وهوَ البَائِعُ مِنَ المُوَكِّلِ، ولا يَمِينَ على البَائِعِ؛ لأنَّه مُدَّعٍ إلَّا في صورةِ التَّحالُفِ [٢/٣٠٠ظ]، فلَمَّا ثبَتَ يَمِينُ البَائِعِ ثبَتَ يَمِينُ المُشْتَرِي، وهوَ المُوَكِّلُ بِالطَّرِيقِ الأَوْلَى؛ لأنَّه مُنْكِرٌ.

فَعلى المُنْكِرِ اليَمِينُ بكلِّ حالٍ، [هذا][2] [٦/٢٢٦ظ/م] هوَ الصَّحيحُ؛ لأنَّ تَصديقَ البَائِعِ لَغْوٌ لا مُعْتَبَرَ به؛ لأنَّه إنْ كانَ اسْتوفَى الثَّمَنَ كانَ بمنزلةِ الأجنبيِّ عنِ الوَكِيلِ والمُوَكِّلِ جميعًا؛ لأنَّه لا شُغْلَ لَه معَهُما، وإنْ لَمْ يَسْتَوفِ الثَّمَنَ فهوَ أجنبيٌّ

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».
(٢) ما بين المعقوفتين: في «م»: «وهذا».

قيل: لا تحالُفَ هنا؛ لأنَّهُ ارْتفعَ الْخِلَافُ بِتَصْدِيقِ الْبَائِعِ، إِذْ هُوَ حَاضِرٌ وَفِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَىٰ هُوَ غَائِبٌ، فَاعْتُبِرَ الِاخْتِلَافُ، وَقِيلَ: يَتَحَالَفَانِ كَمَا ذَكَرْنَا.

وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ، وَهُوَ يَمِينُ الْبَائِعِ وَالْبَائِعُ بَعْدَ اسْتِيفَاءِ الثَّمَنِ أَجْنَبِيٌّ عَنْهُمَا وَقَبْلَهُ أَجْنَبِيٌّ عَنِ الْمُوَكِّلِ إِذْ لَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمَا عقد فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ فَيَبْقَى الْخِلَافُ، وَهَذَا قَوْلُ الْإِمَامِ أَبِي مَنْصُورٍ وَهُوَ أَظْهَرُ.

غاية البيان

عنِ المُوَكِّلِ؛ لأنَّه لا شُغلَ بينَهُما؛ لأنَّه لَمْ يقَعِ العَقْدُ بينَهُما، فلا يُصَدَّقُ علىٰ المُوَكِّلِ، فإذا لَمْ يُعْتَبَرْ تَصديقُ البائِعِ، بقِيَ الخلافُ بينَ البائِعِ ـ وهوَ الوَكِيلُ ـ وبينَ المُشْتَرِي ـ وهوَ المُوَكِّلُ ـ، فوَجَبَ التَّحالُفُ، ولَمْ يذْكرِ الإمامُ فخرُ الدِّينِ قاضي خان قولَ أبي منصورٍ، وكأنَّه جعَلَ قولَ أبي جعفرٍ أصحَّ.

قولُه: (قِيلَ: لَا تَحَالُفَ)، وهوَ قولُ أبي جعفرٍ، وقد مرَّ بيانُه.

قولُه: (فَاعْتُبِرَ الِاخْتِلَافُ)، أي: في المسألةِ الأُوْلَىٰ.

قولُه: (وَقِيلَ: يَتَحَالَفَانِ)، وهوَ قولُ الشَّيخِ أبي منصورٍ.

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرَ مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحَالُفِ، وَهُوَ يَمِينُ الْبَائِعِ)، أي: ذكرَ محمَّدٌ ﷺ يَمِينَ البائِعِ ـ وهوَ الوَكِيلُ ـ؛ لأنَّه بائعٌ تقديرًا مِن مُوَكِّلِه، وإنَّما جعلَه مُعْظَمَ يَمِينِ التَّحالُفِ؛ لأنَّ يَمِينَ البائِعِ مَخصوصٌ بصورةِ التَّحالُفِ، وليسَ المُشْتَرِي كذلِكَ؛ لأنَّه يجِبُ عليْه اليَمِينُ بكلِّ حالٍ؛ لكونِه مُنكِرًا.

قولُه: (فَلَا يُصَدَّقُ عَلَيْهِ). أي: لا يُصَدَّقُ البائِعُ علىٰ المُوَكِّلِ.

واللهُ أعلَمُ.

[هذا آخرُ الدفترِ الحاديَ عشرَ مِن كتاب: «غاية البيان شَرح الهداية» مِن نسخة السَّوَاد الَّتي وقَع عليها خطُّ يَدِي، فرغْتُ عنه ـ بعون الله تعالىٰ ـ ببغداد في

....

الحادي والعشرين مِن ذي الحجَّة مِن سَنَة أربعينَ وسبعِ مئةٍ، ويتْلوهُ في الثاني عشر: فَصْل في التوكيل بشراء نَفْسِ العبدِ إنْ شاء الله تعالى. حرَّرَه العبدُ الضعيفُ الشارِحُ: أبو حنيفةَ أمِير كاتِب بن أمِير عُمَر العَمِيد المدْعُو بـ: قِوَام الفارَابِيِّ الأتْقَانِيِّ. غفَرَ الله له ولوالِدَيْه، والله المشكورُ على إفاضةِ نِعَمِه، وحسْبُنا الله ونِعْم الوكيل][1].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «م»، و«تح»، و«ض».

فَصْلٌ
فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ العَبْدِ

قَالَ: وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِنْ مَوْلَايَ بِأَلْفٍ، وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَى: اشْتَرَيْتُه لِنَفْسِهِ، فَبَاعَهُ عَلَى هَذَا؛ فَهُوَ حُرٌّ وَالوَلَاءُ لِلْمَوْلَى؛ لِأَنَّ بَيْعَ نَفْسِ الْعَبْدِ مِنْهُ إِعْتَاقٌ وَشِرَاءُ الْعَبْدِ نَفْسَهُ قَبُولُ الْإِعْتَاقِ بِبَدَلٍ

غاية البيان

[١٢/٥٤ظ/د] [بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ](١)

[رَبِّ أَعِنْ عُبَيْدَكَ](٢)

فَصْلٌ
فِي التَّوْكِيلِ بِشِرَاءِ نَفْسِ العَبْدِ

ذكرَ هذا الفصلَ عَقِيبَ فصْلِ الشِّرَاءِ؛ لأنَّهما يُناسِبانِ صورةً مِن حيثُ الشِّرَاءُ، ولكن لَمَّا كانَ شِرَاءُ العبدِ نفْسَه مِن مولاهُ إعتاقًا مَعْنًى؛ ذكَرَه في فصْلٍ على حِدَةٍ.

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا قَالَ العَبْدُ لِرَجُلٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسِي مِنْ مَوْلَايَ بِأَلْفٍ، وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ، فَإِنْ قَالَ الرَّجُلُ لِلْمَوْلَى: اشْتَرَيْتُه لِنَفْسِهِ، فَبَاعَهُ [٦/٢٧و/م] عَلَى هَذَا؛ فَهُوَ حُرٌّ وَالوَلَاءُ لِلْمَوْلَى)، أيْ: قالَ محمَّدٌ في «**الجامع الصغير**».

وصورةُ المسألةِ فيهِ: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﵁ في العبدِ المَحْجُورِ عليْه يأمُرُ الرَّجُلَ أنْ يَشْتَرِيَ نفْسَه لَه مِن مولاهُ بألفِ درهمٍ، فيَدْفعُها إليه، فيَشْتريهِ الرَّجُلُ. قالَ: إنْ كانَ الرَّجُلُ قالَ لِلمَوْلَى: إنِّي اشتريتُه لنَفْسِه، فبَيَّنَ ذلِك، فباعَه مَوْلاهُ على هذا فالعبدُ حُرٌّ وولاؤُه لِلمَوْلَى، كأنَّه هوَ اشْتَرَى نفْسَه مِن المَوْلَى، وإنْ كانَ لَمْ يُبَيِّنْ لِلمَوْلَى أنَّه يشْتريهِ لِنفسِه؛ فهوَ عبْدٌ للمُشْتَرِي، ويكونُ [١٢/٥٥و/د]

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: النسخة الأم «د»، و«م»، و«تح»، و«ض».
(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ض».

وَالْمَأْمُورُ سَفِيرٌ عَنْهُ إذْ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِ الْحُقُوقَ فَصَارَ كَأَنَّهُ اشْتَرَىٰ بِنَفْسِهِ، وَإِذَا كَانَ إعْتَاقًا أَعْقَبَ الْوَلَاءَ.

الألفُ للبائِعِ، وعلىٰ المُشْتَرِي ألفُ درهَمٍ مِثْلُها»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ محمَّدٍ في «**أصل الجامع الصغير**».

وقالَ محمَّدٌ في «**الأصل**»: «وإذا وَكَّلَ العبدُ رَجُلًا أنْ يَشْتَرِيَ لَه نفْسَه مِن مولاهُ، أوْ يسألهُ لَه العِتْقَ علىٰ مالٍ، ففعَلَ ذلكَ الوَكِيلُ والمَوْلَىٰ، فالعتقُ جائزٌ، والمالُ علىٰ العبدِ، ولا شيءَ منهُ علىٰ الوَكِيلِ؛ لأنَّه لَمْ يَضْمَنْه»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ محمّدٍ في باب وَكَالَة العَتَاق مِن «**الأصل**».

ورأيتُ في بعضِ «شروح الكافي» لبعضِ مَشايخِنا أنَّه قالَ: «هذا خلافُ ما ذكرَ في «**الجامع الكبير**»، فإنَّه ذكرَ ثَمَّةَ: أنَّه إنِ اشْتَرَىٰ نفسَه لهُ مِن مَوْلاهُ؛ يُطالَبُ بالثَّمَنِ الوَكِيلُ، ولوْ سألَهُ العِتْقَ له مِن مولاهُ بمالٍ، ففَعَلَ المَوْلَىٰ؛ فالمالُ يكونُ علىٰ العبدِ؛ لأنَّه إذا كانَ بلفْظِ الشِّرَاءِ، أمْكَنَ أنْ يُجْعَلَ كَالمُشْتَرِي لنفسِه في حقِّ الحُقُوقِ، فصارَ كَما لوِ اشْتَرَىٰ نفْسَه لغيرِه، حتَّىٰ لوْ تعذَّرَ بأنْ كانَ العبدُ مدبَّرًا؛ يكونُ الثَّمَنُ علىٰ العبدِ».

ثمَّ قالَ: «**والصَّحيحُ**: ما ذكرَه ههُنا [١٢/٥ظ/د]؛ لأنَّ بَيْعَ العبدِ مِن نَفْسِ العبدِ إعْتَاقٌ، وقبولُ ذلكَ قبولُ الإعْتَاقِ، وفي الإِعْتَاقِ وقبولِه: الوَكِيلُ سفيرٌ مَحْضٌ». إلىٰ هُنا لفْظُه ﷺ [٢/٣٠١و] وكأنَّه جعلَ في المسألةِ روَايتَيْنِ.

وقالَ الشيخُ أبو المُعِينِ في «شرْح الجامع الكبير»: ليسَ في المسألةِ روايتانِ، ولكِن ما ذكرَ هُنا ـ يعْني: في «**الجامع**» ـ وفي بابِ وَكَالَةِ العبدِ المَأْذُونِ مِن «**الأصل**»:

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٩].
(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٣٥٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

....

جوابُ الاستِحْسانِ، وما ذكرَ في بابِ الوَكَالَةِ بالعتقِ مِن «الأصل»: جوابُ القياسِ، وكانَ عيسى بنُ أبَانَ يأخُذُ بالقياسِ، ويطْعَنُ علىٰ ما ذكرَ محمَّدٌ في «الجامع».

وَجْهُ القياسِ ـ وهو وَجْهُ الطعْنِ ـ: أنَّا أجمَعْنا أنَّ التَّوْكِيلَ مِنْ جانبِ المَوْلَىٰ بِبَيْعِ نفْسِ العبدِ مِنَ العبدِ اعْتُبِرَ توْكيلًا بالإعْتَاقِ علىٰ مالٍ، حتَّىٰ جازَ وإنْ كانَ إلىٰ أجَلٍ مَجْهُولٍ، وكانَ قبْضُ الألفِ إلىٰ المَوْلَىٰ لا إلىٰ الوَكِيلِ.

فكذا التَّوْكِيلُ بالشِّرَاءِ مِن جانبِ العبدِ يجبُ أنْ يُجْعَلَ توْكيلًا بالإعْتَاقِ [٦/٢٧ظ/م] أيضًا، فصارَ كأنَّ العبدَ وَكَّلَ هذا الرَّجُلَ أنْ يسألَ المَوْلَىٰ أنْ يُعْتقَه علىٰ ألفٍ إلىٰ العَطاءِ، فأعتقَ؛ جازَ [٦/١٢و/د]، وكانَ علىٰ العبدِ ألفٌ، لا قيمتُه، وكانَ قبْضُ الألفِ إلىٰ المَوْلَىٰ، كما إذا كانَ مُدَبَّرًا، وكما إذا اشْتَرَىٰ العبدُ نفْسَه بنَفْسِه.

وَوَجْهُ الاستِحْسانِ: وهوَ ما ذكرَ في «الجامع[١]» أنَّ الوَكِيلَ مِن جانبِ العبدِ يَصيرُ مُشْتريًا لنَفْسِه أوَّلًا، ثمَّ بائعًا مِن العبدِ نفْسَ العبدِ في ضِمْنِه، فيُطالَبُ الوَكِيلُ لأجْلِ هذا، بخلافِ الوَكِيلِ مِن جانبِ المَوْلَىٰ؛ لأنَّه وَكِيلٌ بِبَيْعِ العبدِ مِن نفسِه، فلا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ بائعًا لنَفْسِه أوَّلًا، بخلافِ المُدَبَّرِ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ أنْ يُجْعَلَ مُشْتريًا لنَفْسِه أوَّلًا، ثمَّ بائعًا مِنَ المُدَبَّرِ؛ لأنَّ شِرَاءَ المُدَبَّرِ لا يَصحُّ، فيكونُ توكيلًا بقبولِ الإعْتَاقِ.

وبِخلافِ ما إذا اشْتَرَىٰ العبدُ نفْسَه بنفسِه؛ لأنَّ ذلكَ قبولُ الإعْتَاقِ مجازًا؛ لأنَّ العملَ بحقيقةِ البَيْعِ مُتَعَذِّرٌ؛ لأنَّ البَيْعَ ممَّا يُفيدُ المِلْكَ للمُشْتَرِي، والمُشْتَرَىٰ ـ وهو العبدُ ـ لا يَمْلِكُ نفْسَه؛ لأنَّه مملوكٌ لمَوْلاهُ حالةَ البَيْعِ، والشخصُ الواحِدُ في حالةٍ واحدةٍ لا يَصْلُحُ أنْ يكونَ مالكًا نفْسَه ومملوكًا لغيرِه، فصارَ بَيْعُ نفْسِ العبدِ مِن العبدِ مجازًا عنِ الإعْتَاقِ بطريقِ [٦/١٢ظ/د] الإسْقَاطِ، حتَّىٰ لا يلزمَ إلْغاءُ كلامِ

---

(١) في «غ»، و«ض»: «في «الجامع الصغير»».

وَإِنْ لَمْ يُعَيِّنْ لِلْمَوْلَىٰ فَهُوَ عَبْدٌ لِلْمُشْتَرِي؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ

العاقلِ، وهذا لأنَّ البَيْعَ لِلإزالةِ والنَّقلِ، وفي الإِعْتَاقِ إزالةٌ، فأُرِيدَ الإِعْتَاقُ مجازًا.

ثمَّ في مَسألةِ «الجامع الصغير»[1] شرَطَ بيانَ الوكيلِ فقالَ: إنْ بَيَّنَ أنّه يَشْتَرِيهِ لنفْسِ العَبدِ؛ فهُوَ حُرٌّ، والوَلَاءُ لِلمَوْلَىٰ، وإنْ لَمْ يُبَيِّن فهو عبْدٌ للمُشْتَرِي، والألفُ المدفوعُ لِلمَوْلَىٰ؛ لأنَّه كَسْبُ عبْدِه، وعلىٰ المُشْتَرِي ألفٌ آخرُ ثَمَنُ العبدِ، ولَمْ يشْتَرطِ البيانَ فيما إذا كانَ المُوَكِّلُ بشراءِ العبدِ غيرَ العبدِ، فإنَّه إذا بَيَّنَ أوْ لَمْ يُبَيِّنْ يقَعُ الشِّرَاءُ للآمِرِ في الحالَيْنِ.

وفرْقُ ما بيْنَ المسْألتيْنِ: أنَّ المُوَكِّلَ إذا كانَ هُو العبدَ، فبَيَّنَ الوَكِيلُ أنَّه اشْتراهُ لنفسِ العبدِ؛ يقَعُ البَيْعُ إعتاقًا مُعقبًا للولاءِ، وإذا لَمْ يُبَيِّنْ وقَعَ الشِّرَاءُ للوَكِيلِ؛ عمَلًا بحقيقةِ لفظِ البَيْعِ، وهيَ المُعَاوَضَةُ، ولا يَثْبُتُ الإِعْتَاقُ، وكانَ بينَ الشِّراءَيْنِ تفاوتٌ، فلَمْ يكن بُدٌّ مِن البيانِ؛ لأنَّه ربَّما يرضَىٰ البَائِعُ بأحدِ الأمْرَيْنِ دونَ الآخرِ.

بِخلافِ ما إذا كانَ المُوَكِّلُ غيرَ العبدِ، حيثُ يقَعُ العَقْدُ [١٢/٧٧و/د] شِرَاءً علىٰ كلِّ حالٍ، لا إعتاقًا، بَيَّنَ الوَكِيلُ أوْ لَمْ يُبَيِّنْ، فَلا تفاوتَ إذَنْ بينَ الشِّراءَيْنِ؛ لأنَّه يكونُ العُهدةُ للبَائِعِ علىٰ الوَكِيلِ علىٰ كلِّ حالٍ، فلا حاجةَ إلىٰ البيانِ، ثمَّ إذا اشْتَرَىٰ الوَكِيلُ العبدَ لنفسِ العبدِ، هلْ يلزمُ العبدَ ألفٌ آخرُ أمْ لا؟ لَمْ يذكرْه محمَّدٌ ﷺ.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: «وينبَغي [٦/٢٨و/م] أنْ يَلْزمَه؛ لأنَّ الألفَ المدفوعَ كانَ مالَ المَوْلَىٰ».

قولُه: (وَدَفَعَهَا إِلَيْهِ)، أي: دفَعَ العبدُ الألفَ إلىٰ الرَّجُلِ الَّذي وكَّلَه.

قولُه: (لِأَنَّ اللَّفظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ)، لأنَّ المَوْلَىٰ قال: بِعْتُ هذا العبدَ بألفٍ [٢/٣٠١ط]، وقالَ الوَكِيلُ: اشْتَرَيْتُ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٩].

وَأَمْكَنَ العَمَلُ بِهَا إذا لم يبين فَيُحَافَظُ عَلَيْهَا. بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ المَجَازَ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ، وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ وَالْأَلْفُ لِلْمَوْلَىٰ؛ لِأَنَّهُ كَسْبُ عَبْدِهِ.

وَعَلَىٰ الْمُشْتَرِي أَلْفٌ مِثْلُهُ ثَمَنًا لِلْعَبْدِ فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ الأَدَاءُ، بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِشِرَاءِ الْعَبْدِ مِنْ غَيْرِهِ حَيْثُ لَا يُشْتَرَطُ بَيَانُهُ؛ لِأَنَّ الْعَقْدَيْنِ هُنَاكَ

غاية البيان

قولُه: (وَأَمْكَنَ العَمَلُ بِهَا)، أيْ: بالمعاوَضةِ.

قولُه: (فَيُحَافَظُ عَلَيْهَا)، أي: [على][1] المُعَاوَضَةِ.

قولُه: (بِخِلَافِ شِرَاءِ العَبْدِ نَفْسِهِ)، يرتبطُ بقولِه: (فَيُحَافَظُ عَلَيْهَا)، يعني: لا يحافَظُ علىٰ المُعَاوَضَة فيما إذا اشْتَرىٰ العبدُ نفْسَه بنفسِه، وإنْ كانَ اللفظُ للمُعَاوَضَةِ؛ لأنَّ العملَ بحقيقةِ المُعَاوَضَةِ مُتعذِّرٌ لِما مَرَّ بيانُه آنفًا، فتَعيَّنَ المجازُ، وهوَ الإعْتَاقُ.

وقولُه: (نَفْسِهِ) بالجرِّ، كذا السَّماعُ علىٰ أنَّه بَدَلٌ مِن العبدِ، ويجوزُ النَّصْبُ علىٰ أنَّه مفعولٌ بِه.

قولُه: (لِأَنَّ المَجَازَ فِيهِ مُتَعَيِّنٌ)، أيْ: في شِرَاءِ العبدِ نفْسَه، وهو كونُ الشِّرَاءِ مُستعارٌ للإعْتَاقِ.

قولُه: (وَإِذَا كَانَ مُعَاوَضَةً)، يتّصلُ بقولِه: (لِأَنَّ اللَّفْظَ حَقِيقَةٌ لِلْمُعَاوَضَةِ).

قولُه: (يَثْبُتُ المِلْكُ لَهُ)، أيْ: للمُشْتَرِي.

قولُه [١٢/٨٧ظ/د]: (فَإِنَّهُ فِي ذِمَّتِهِ)، أيْ: فإنَّ الثَّمَنَ في ذِمَّةِ المُشْتَرِي.

قولُه: (حَيْثُ لَمْ يَصِحَّ الأَدَاءُ)، لأنَّ الوَكِيلَ أدَّىٰ ذلكَ الألفَ إلىٰ المَوْلَىٰ مِنْ كَسْبِ عبْدِه، وكَسْبُه مِلْكُ المَوْلَىٰ، فلا يقَعُ ثَمنًا.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

عَلَىٰ نَمَطٍ وَاحِدٍ، وَفِي الْحَالَيْنِ الْمُطَالَبَةُ تَتَوَجَّهُ نَحْوَ الْعَاقِدِ، أَمَّا هَاهُنَا فَأَحَدُهُمَا إِعْتَاقٌ مُعَقِّبٌ لِلْوَلَاءِ وَلَا مُطَالَبَةَ عَلَى الْوَكِيلِ وَالْمَوْلَىٰ عَسَاهُ لَا يَرْضَاهُ وَيَرْغَبُ فِي الْمُعَارَضَةِ الْمَحْضَةِ فَلَا بُدَّ مِنْ الْبَيَانِ.

وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ. فَقَالَ لِمَوْلَاهُ: بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا، فَفَعَلَ؛ فَهُوَ لِلْآمِرِ؛ لِأَنَّ الْعَبْدَ يَصْلُحُ وَكِيلًا عَنْ غَيْرِهِ فِي شِرَاءِ

غاية البيان

قولُه: (عَلَىٰ نَمَطٍ وَاحِدٍ)، النَّمَطُ: النَّوعُ. كذا في «ديوان الأدب»[1].

قولُه: (وَمَنْ قَالَ لِعَبْدٍ: اشْتَرِ لِي نَفْسَكَ مِنْ مَوْلَاكَ. فَقَالَ لِمَوْلَاهُ: بِعْنِي نَفْسِي لِفُلَانٍ بِكَذَا، فَفَعَلَ؛ فَهُوَ لِلْآمِرِ)، وهذِه مِن مسائلِ «الجامع الصغير»، ذكرَها محمَّدٌ في البيوع.

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ: في الرَّجُلِ يقولُ لعبدِ الرَّجُلِ: اشْتَرِ لي نفسَكَ مِن مولاكَ. فيقولُ: نعَمْ، فيأتي مولاهُ فيقولُ: بِعْنِي نفسي مِن فلانٍ بكذا وكذا؛ فهو جائزٌ، وهوَ للذي أمَرَه، وإنْ قالَ: بِعْنِي نفسِي، ولَمْ يَقُلْ: لفلانٍ؛ فهوَ حُرٌّ»[2]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

وأصلُه: أنَّ العبدَ يصْلُحُ أنْ يكونَ وَكِيلًا عَن غيرِه في شِرَاءِ نفسِه؛ لأنَّ البَيْعَ يَرِدُ عليْهِ باعتِبارِ ماليَّتِه، لا آدميَّتِه، وهوَ أجنبيٌّ عن مَاليَّة نفسِه، فكانَ تَوكيلُه وتَوْكِيلُ أجْنبيٍّ آخرَ سواءً [١٢/٨و/د]، إلَّا أنَّ بيْنَ كونِ العبدِ وَكِيلًا وكونِ الأجنبيِّ وَكِيلًا فرْقًا، وهو أنَّ الوَكِيلَ ـ إذا كانَ أجنبيًّا ـ لا يُشْتَرطُ إضافةُ العَقْدِ إلىٰ المُوَكِّلِ؛ لأنَّه إنْ أطلقَ العقدَ؛ يقَعُ للمُوَكِّلِ أيضًا، كما إذا أضافَه إليْه، وإذا كانَ الوَكِيلُ بشراءِ العبدِ نفْسَ العبدِ؛ يُشْتَرطُ إضافةُ العَقْدِ إلىٰ المُوَكِّلِ حتَّىٰ [٦/٢٨ظ/م] يقَعَ لَه، فإن لَمْ يُضِفْه

(١) ينظر: «ديوان الأدب» للفارابي [١/٢١٨].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٤ ـ ٣٥٥].

نفسِه؛ لِأَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ، وَالْبَيْعُ يُرَدُّ عَلَيْهِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ مَالٌ ....

إليه، بل أطلقه؛ يكونُ إعتاقًا.

والفرقُ: أنَّ الوَكِيلَ مَأْمورٌ بِالشِّرَاءِ، ثمَّ تصرُّفُ الأجنبيِّ بِالوَكَالَةِ يقَعُ شِرَاءً على كلِّ حالٍ، اشتراهُ لنفسِه أوْ لغيرِه، فبَعْدَما قَبِلَ الوَكَالَةَ جعَلَ ما يصْلُحُ لنفسِه لمُوَكِّلِه، فصارَ الإضافةُ إليْه والإطلاقُ سواءً، فلَمْ يكُن مُخالفًا للآمِرِ.

أمَّا تصرُّفُ العبدِ فليسَ كذلِكَ؛ لأنَّه إنْ أضافَ العَقْدَ إلى نفسِه؛ كانَ إعتاقًا، وذلِكَ لا يصْلُحُ لِلامْتِثالِ، وإنْ أضافَ العَقْدَ إلى مُوَكِّلِه كانَ بيْعًا، وإنْ أطلَقَ احْتُمِلَ أنْ يكونَ إعتاقًا أوْ بيْعًا، فلا يحْصُلُ الامتثالُ بالشَّكِّ، فلا جرَمَ اشْتُرِطَتِ الإضافةُ إلى المُوَكِّلِ حتَّى يكونَ امتثالًا.

وإنْ بيَّنَ العبدُ لمولاهُ أنَّه يَشْتَرِي نفسَه لمُوَكِّلِه؛ فالعبدُ للآمِرِ، والثَّمَنُ في رقبةِ العبدِ يَرْجِعُ بِها على الآمِرِ.

أمَّا العبدُ [١٢/٨٠ط/د] **للآمِرِ:** فلأنَّ المَوْلَى رَضِيَ بزوالِ مِلْكِه مِن غيرِ ولاءٍ يَرِثُ به منهُ.

وأمَّا الثَّمَنُ في رقبةِ العبدِ: فلأنَّه هوَ العَاقِدُ، وحُقُوقُ العَقْدِ تَرْجِعُ إلى العَاقِدِ.

فإنْ قيلَ: العبدُ المَحْجُورُ إذا اشْتَرَى لغيرِه؛ لا يلزَمُه الحُقُوقُ.

قُلنا: نعَمْ إذا اشْتَرَى بغيرِ إذْنِ المَوْلَى، وهنا اشْتَرَى بإذْنِه، فيلزَمُه الحُقُوقُ.

وأمَّا رجوعُه على الآمِرِ: فلأنَّ الوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ إذا لزِمَه الثَّمَنُ؛ كانَ لَه أنْ يَرْجِعَ بذلِكَ علَى الآمِرِ، فإنْ وجَدَ الآمِرُ بالعبدِ عيبًا قدْ علِمَ العبدُ بِه؛ لَمْ يَرُدَّهُ؛ لأنَّ العبدَ كانَ وَكِيلًا بِالشِّرَاءِ، والوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ مَتى [٢/٣٠٢و] اشْتَرَى شيئًا بِه عَيْبٌ وقد علِمَ به وَقْتَ الشِّرَاءِ؛ لا يكونُ لَه الرَّدُّ؛ لأنَّه صارَ راضِيًا بذلِكَ.

إِلَّا أَنَّ مَالِيَّتَهُ فِي يَدِهِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ الْبَائِعُ الْحَبْسَ بَعْدَ الْبَيْعِ فَإِذَا أَضَافَهُ [٦٢/ط]

غاية البيان

وإنْ كانَ[١] في موضعٍ لا يعْلَمُ بِه العبدُ ؛ ردَّه بِه ، والَّذي يَلِي الخُصُومَةَ في الرَّدِّ هوَ العبدُ ؛ لأنّه لَمْ يَرْضَ بِه ، فكانَ لَه الرَّدُّ مِن غيرِ استطلاعِ رأيِ المُوَكِّلِ ؛ لأنَّ المُشْتَرَىٰ ـ وهوَ العبدُ ـ في يدِ الوَكِيلِ ، والوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يردُّ بعيبٍ لَمْ يَرْضَ بِه مِن غيرِ استطلاعِ رأيِ المُوَكِّلِ ما دامَ المُشْتَرَىٰ في يدِه .

ثمَّ لوْ أرادَ[٢] البَائِعُ حبْسَ العبدِ حتَّىٰ يأخُذَ الثَّمَنَ ؛ ليسَ لَه ذلِكَ ؛ لأنَّه باعَ شيئًا هوَ في يدِ [١٢/٩و/د] المُشْتَرِي ، والمُشْتَرَىٰ حاضرٌ في مجلسِ الشِّرَاءِ ، فَلا يَكونُ لِلبَائِعِ حَقُّ الحبسِ ؛ لأنَّه بنفسِ البَيْعِ يَصيرُ مُخَلِّيًا بينَ المَبِيعِ وبينَ المُشْتَرِي ، فيَصيرُ قابضًا ، كَالمُودَعِ إذا اشْتَرَىٰ الوَدِيعَةَ ، والوَدِيعَةُ حاضرةٌ في مجلسِ البَيْعِ ، فأرادَ صاحبُ الوَدِيعَةِ أنْ يَحْبِسَها ؛ لَمْ يكُنْ لَه ذلِكَ .

فإنْ قيلَ : إنْ كانَ العبدُ في يدِ نفسِه مِن حيثُ الحقيقةُ ؛ فهوَ في يدِ المَوْلَىٰ مِن حيثُ الحُكْمُ .

قيلَ لَه : نعمْ لكِنْ مُراعاةُ يدِ العبدِ [٦/٢٩و/م] أَوْلَىٰ ؛ لأنَّ يدَه حقيقيَّةٌ ، ويدُ البَائِعِ قبْلَ البَيْعِ كانَ حُكْمِيَّةً ، فكانَ مراعاةُ اليدِ الحقيقيَّةِ ، وأنَّها أقربُ إلىٰ العبدِ أَوْلَىٰ بالاعتبارِ ، كما في الوَدِيعَةِ . كذا قالَ الشيخُ الإمامُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في **«شرْح الجامع الكبير»** في باب الوَكَالَة في البيوعِ : ما يضْمَنُ وما لا يضْمَنُ ، والبَاقِي يُعْلَمُ ثَمَّةَ .

قولُه: (**إِلَّا أَنَّ مَالِيَّتَهُ فِي يَدِهِ**) ، استثناءٌ مِن قولِه : (**أَجْنَبِيٌّ عَنْ مَالِيَّتِهِ**) ، وكأنَّه قالَه[٣] جوابًا لسؤالٍ ؛ بأنْ يقالَ : لَمَّا كانَ أجنبيًّا عنها ؛ كانَ لِلبَائِعِ حبْسُ العبدِ لأجْلِ الثَّمَنِ ، فَقالَ : ليسَ لَه ذلِكَ ؛ لأنَّ ماليَّتَه في يدِ العبدِ ، وهوَ مُشْترٍ ، وقدْ مَرَّ البيانُ .

---

(١) وقع بالأصل : «كانت» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» ، و«ض» .

(٢) وقع بالأصل : «لما أورد» . والمثبت من : «ن» ، و«م» . و«تح» ، و«غ» ، و«ض» .

(٣) وقع بالأصل : «قال» . والمثبت من : «ن» ، و«م» ، و«تح» ، و«غ» ، و«ض» .

إلى الآمِرِ صَلَحَ فِعْلُهُ امْتِثَالًا فَيَقَعُ . الْعَقْدُ لِلْآمِرِ .

وَإِنْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ ؛ فَهُوَ حُرٌّ ؛ لِأَنَّهُ إعْتَاقٌ وَقَدْ رَضِيَ بِهِ الْمَوْلَى دُونَ الْمُعَاوَضَةِ ، وَالعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، وَلَكِنَّهُ أَتَى بِجِنْسِ تَصَرُّفٍ آخَرَ ، وَفِي مِثْلِهِ يَنْفُذُ عَلَى الوَكِيلِ .

وَكَذَا لَوْ قَالَ بِعْنِي نَفْسِي وَلَمْ يَقُلْ لِفُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ ؛ لِأَنَّ الْمُطْلَقَ يَحْتَمِلُ الْوَجْهَيْنِ فَلَا يَقَعُ امْتِثَالًا بِالشَّكِّ فَيَبْقَى التَّصَرُّفُ وَاقِعًا لِنَفْسِهِ .

غاية البيان

قولُه: (وَإِنْ عَقَدَ لِنَفْسِهِ ؛ فَهُوَ حُرٌّ) ، لأنَّ بَيْعَ العبدِ مِن نفسِه إعْتَاقٌ مجازًا ، وقدْ رَضِيَ به المَوْلَى دونَ المُعَاوَضَةِ ، فَلا يقَعُ العَقْدُ للآمِرِ ؛ لأنَّه لوْ وقَعَ العَقْدُ له يَصيرُ المَوْلَى مغرورًا ؛ لأنَّ المَوْلَى لَمْ يَرْضَ بأنْ يخْرُجَ [١٢/٩٨ط/د] مِن مِلْكِه بغيرِ ثُبوتِ الوَلَاءِ ، فَلا يجوزُ أنْ يزولَ مِلْكُه بغيرِ رِضاهُ ؛ لأنَّ الله تَعالى أجازَ التِّجارَةَ بالتَّراضِي .

قولُه: (وَالعَبْدُ وَإِنْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ مُعَيَّنٍ ، وَلَكِنَّهُ أَتَى بِجِنْسِ تَصَرُّفٍ آخَرَ ، وَفِي مِثْلِهِ يَنْفُذُ عَلَى الوَكِيلِ) ، هذا جوابُ سُؤَالٍ مُقَدَّرٍ بأنْ يُقالَ: الوَكِيلُ بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه ليسَ لَه أنْ يَشْتَرِيَه لنفسِه ، بلْ يَقَعُ الشِّرَاءُ للآمِرِ ، وقدْ مَرَّ ذلكَ قبْلَ هذا الفصْلِ .

فكانَ ينبَغي على هذا: أنْ يقعَ الشِّرَاءُ للآمِرِ ؛ لأنَّ المُوَكَّلَ بِه مُعَيَّنٌ ، وهوَ نفْسُ العبدِ ، فقالَ: نعَمْ كذلِكَ ، إلَّا أنَّ الوَكِيلَ بالشِّرَاءِ إذا أتى بجنسِ تصَرُّفٍ آخرَ ؛ نَفَذَ الشِّرَاءُ على الوَكِيلِ ، وقدْ أَتى بتَصَرُّفٍ آخرَ غيرِ الَّذي سَمَّاهُ المُوَكِّلُ ؛ لأنَّ شِرَاءَ العبدِ نفْسَه لنفسِه قبولُ الإعْتَاقِ ، لا قبولُ البَيْعِ ، وقدْ مَرَّ بيانُه قبْلَ هذِه المسألَةِ .

فَصْــلٌ
فِي البَيْـعِ

قَالَ: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ، إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ؛ لِأَنَّ التَّوْكِيلَ مُطْلَقٌ وَلَا تُهْمَةَ إِذْ الْأَمْلَاكُ مُتَبَايِنَةٌ وَالْمَنَافِعُ

فَصْــلٌ
فِي البَيْـعِ

ذكرَ فصْلَ البَيْعِ بعدَ فصْلِ الشِّرَاءِ؛ لأنَّ الإزالةَ تَقتضِي سابقةَ الإثباتِ.

قولُه: (قَالَ: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ وَالشِّرَاءِ لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْقِدَ مَعَ أَبِيهِ وَجَدِّهِ وَمَنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَقَالَا: يَجُوزُ بَيْعُهُ مِنْهُمْ بِمِثْلِ القِيمَةِ، إِلَّا مِنْ عَبْدِهِ أَوْ مُكَاتَبِهِ)[1]، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2]، يعْني [١٢/١٠ و/د]: لا يجوزُ لِلوَكِيلِ أنْ يعْقِدَ عقْدَ البَيْعِ أوِ الشِّرَاءِ معَ أبيهِ وَجَدِّه، ومعَ مَن لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه له، كولدِه، وولدِ ولدِه، وزوجتِه، وعبْدِه، ومُكاتَبِه، ومُدبَّرِه، وأُمِّ ولدِه عندَ أبي حَنِيفَةَ.

وقالَ في «المختلف»: «الوَكِيلُ بالبَيْعِ أوِ الشِّرَاءِ إذا باعَ أو اشْتَرَىٰ معَ مَن لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه له بولادةٍ أوْ زَوْجِيَّةٍ؛ لا يجوزُ. وقالا: يجوزُ». ثمَّ قالَ: «والسَّلَمُ،

---

(١) قال في «التصحيح»: وقد رجحوا دليله، واعتمده المحبوبي والنسفي. ينظر: «المبسوط» [٦٧/١٩]، «بدائع الصنائع» [٣١/٦]، «الاختيار» [١٦٢/٢]، «البناية» [٢٦٦/٩]، «الجوهرة النيرة» [٣٠٥/١]، «درر الحكام» [٢٨٩/٢]، «مجمع الضمانات» [٢٦١/١]، «التصحيح» [ص٢٧٥]، «اللباب» [١٤٧/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٧].

مُنْقَطِعَةٌ، بِخِلَافِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ مِنْ نَفْسِهِ؛ لِأَنَّ مَا فِي يَدِ الْعَبْدِ لِلْمَوْلَى وَكَذَا

والصَّرْفُ، والإِجَارَةُ على هذا الخلافِ»[1].

قالَ محمدُ بنُ الحسنِ في «الأصل» في بابِ الوَكَالَةِ بالقيامِ [٦/٢٩ظ/م] على الدَّارِ: «ولوْ باعَ [٢/٣٠٢ظ] الوَكِيلُ مِن نفسِه، أوْ مِن ابنٍ لَه صغيرٌ في عيالِه؛ لَمْ يَجُزْ، وكذلِكَ الإِجَارَةُ، ولوْ باعَ الوَكِيلُ شيئًا مِن ذلِكَ مِن ابنٍ لَه كبيرٍ، أوْ مِن امرأتِه، أوْ أبيه، أوْ أُمِّه، أوْ عبدِه، أوْ أمَتِه، أوْ مُكاتَبِه؛ فهوَ جائزٌ، إلَّا مِن عبدِه، أوْ أمَتِه؛ فإنَّه لا يَجوزُ؛ لأنَّه قالَ: ما باعَه مِن شيءٍ فهُوَ جائزٌ، ولوْ لَمْ يَقُلْ ذلِكَ لَمْ يَجُزْ ذلِكَ في قياسِ قَولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وكذلِكَ الإِجارَةُ»[2]. إلى هنا لفظُ «الأصل».

وقالَ في «شرْح الكافي» في هذا البابِ: «ولوْ باعَه الوَكِيلُ بالبَيْعِ [١٢/١٠ظ/د] مِن نفسِه، أوْ مِن ابنٍ لهُ صغيرٍ؛ لَمْ يَجُزْ»[3]، وكذلكَ الإِجارَةُ؛ لأنَّ البَيْعَ منهُ بَيْعٌ مِن نفسِه، وأنَّه لا يَمْلِكُ ذلِكَ.

ولوْ باعَه مِن ابنٍ له كبيرٍ، أوْ مِن امرأتِه، أوْ مِن أبوَيْهِ، أوْ مِن مَملوكِه، أوْ مُكاتَبِه، وقدْ أجازَ لَه في الوَكَالَةِ ما باعَ بِه مِن شيءٍ؛ فهُوَ جائزٌ، إلَّا مِن مملوكِه إذا لَمْ يكُنْ عليْهِ دَيْنٌ؛ لأنَّه بَيْعٌ مِن نفسِه.

وإنَّما جُوِّزَ البَيْعُ مِن هؤُلاءِ: لأنَّه فوَّضَ إليْه ذلِكَ، ولوْ لَمْ يَقُلْ ذلِكَ؛ لَمْ يَجُزِ البَيْعُ في قياسِ قَولِ أَبي حَنِيفَةَ، وكذلِكَ الإِجَارَةُ؛ لأنَّه يُمْكِنُه التهمةُ فيهِ، والوَكَالَةُ أَمَانَةٌ، فيَجِبُ تنْزِيهُها عنِ الخِيَانَةِ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «لا يجوزُ شِرَاءُ الوَكِيلِ لنفسِه،

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٤٣٨ ـ ١٤٣٩].
(٢) ينظر: «الأصل / المعروف بالمبسوط» [١١/٢٤٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٣) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٩/٣٢].

لِلْمَوْلَىٰ حَقٌّ فِي كَسْبِ الْمُكَاتَبِ........

غاية البيان

ولا بَيْعُه منْها، وكذلِكَ إذا أمَرَه المُوَكِّلُ أنْ يَبِيعَه مِن نفسِه، أوْ يَشْتَرِيَ مِن نفسِه؛ لَمْ يَجُزْ أيضًا، وكذلِكَ لوْ باعَه الوَكِيلُ مِن ابنٍ لهُ صَغيرٍ؛ لَمْ يَجُزْ كأنَّه باعَ مِن نفسِه، ولوْ باعَ من نفسِه لَمْ يَجُزْ.

وكذلِكَ لوْ باعَه مِن عبْدِه، أوْ مِن مُكاتَبِه؛ لَمْ يَجُزْ بالإجْماعِ [١٢/١١و/د]، وإنْ باعَه مِن أبويْه وإنْ علَوْا، أوْ باعَه مِن أولادِه وإنْ سَفَلوا، أوْ إنْ باعَه مِن زَوْجتِه، أوِ الزوجةُ إذا باعَتْه مِن زَوْجِها، أوْ باعَه ممَّنْ لا تَجوزُ شَهادَتُه لَه؛ لا يجوزُ بَيْعُه عندَ أَبي حَنِيفَةَ، وعندَهُما: يجوزُ.

ولوْ أمرَ الوَكِيلَ بالبَيْعِ مِن هؤُلاءِ، وأجازَ لَه ما صَنَعَ؛ فَبَيْعُه مِن هؤُلاءِ جائزٌ بالإجماعِ، إلَّا أنْ يَبِيعَه مِن نفسِه، أوْ ولدِه الصَّغيرِ، أوْ مِن عَبْدِه ولا دَيْنَ عليْهِ؛ فإنَّه لا يجوزُ، وكذلِكَ حُكْمُ الوَكِيلِ بِالشِّراءِ إذا اشْتَرَىٰ مِن هؤُلاءِ»[1]. إلىٰ هنا لَفْظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وقالَ الشَّيخُ أَبو الفضلِ الكَرْمَانِيُّ في «إشارات الأسرار»: «الوَكِيلُ بالبَيْعِ إذا باعَ ممَّنْ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه لَه؛ لا يصحُّ في قولِ أَبي حَنِيفَةَ، إلَّا إذا زادَ علىٰ ثَمَنِ المِثْلِ، وعندَهُما: يجوزُ».

وَجْهُ قولِهما: أنَّ الأملاكَ مُتَبايِنةٌ، وهذا ظاهرٌ، أَلَا تَرىٰ أنَّ للابْنِ أنْ يطَأَ جَارِيَةَ نفْسِه، فلوْ لَمْ يكُنِ المِلْكُ مُتَبايِنًا لَمْ يكُنْ لَه ذلِكَ؛ لأنَّ وطْءَ الجَارِيَةِ المشْتَركةِ لا يَجوزُ، ولا [١٢/١١ظ/د] يجوزُ لَه أنْ يطَأَ جَارِيَةَ أبيهِ، فلَمَّا تبايَنَ المِلْكُ بينَ الوَكِيلِ وبينَ هؤُلاءِ؛ كانَ عقْدُه [٦/٣٠و/م] معَهُم بيْعًا وشِرَاءً، كالعقْدِ معَ الأَجنبيِّ.

ولهذا لَمْ يحْصُلْ للوَكِيلِ شيءٌ مِنَ المَبِيعِ أصلًا، فكانَ العَقْدُ صحيحًا،

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيِّ [ق/١٦٥].

....

بخلافِ ما إذا باعَ مِن عَبْدِهِ الَّذي لا دَيْنَ عليْه؛ لأنَّه وما في يدِه مِلْكُ مَوْلاهُ، والبَيْعُ منهُ كَالبَيْعِ مِن نفسِه، فلوْ باعَ الوَكِيلُ مِن نفسِه لا يجوزُ، فكذا إذا باعَ مِن عبْدِه، وكذلِكَ إذا باعَ مِن مُكاتَبِه؛ لأنَّ الرِّقَّ باقٍ في المُكَاتَبِ، فصارَ كالعبْدِ القِنِّ، وبخلافِ ما إذا باعَ مِنِ ابنِه الصَّغيرِ؛ لأنَّه بَيْعٌ مِن نفسِه، والوَكِيلُ لا يَمْلِكُ ذلِكَ.

وَوَجْهُ قولِ أَبي حَنِيفَةَ: أنَّ الوَكَالَةَ أَمَانَةٌ، فيجبُ تنْزِيهُها عنِ الخِيَانَةِ، وما يُحَصِّلُه الإنسانُ لهؤُلاءِ بمنزلةِ ما يُحَصِّلُه لنفسِه، أَلا تَرىٰ أنَّه لا تَجوزُ شَهَادَةُ بعضِهم لِبَعْضٍ، فصارَ عَقْدُ الوَكِيلِ معَ هؤُلاءِ كالعقْدِ معَ نفسِه، فَلا يَجوزُ.

نعَمْ: إنَّ الأملاكَ مُتَبايِنَةٌ، ولكِنَّ منافِعَ الأمْلاكِ متَّصلةٌ، حيثُ ينتَفِعُ بعضُهم بمالِ [١٢/١٢و/د] بعضٍ عادةً، فإذا تمَكَّنَ في العَقْدِ تهمةُ الإيثارِ والنفع للوكيلِ؛ لَمْ يصحَّ حتّىٰ تزولَ التهمةُ بالزِّيَادَةِ علىٰ ثَمَنِ المِثْلِ، كالوَّصِيِّ إذا باعَ مِن نفسِه.

وقالَ [٢/٣٠٣و] في **«تتمة الفتاوىٰ»**: «بَيْعُ الوَكِيلِ ممَّنْ لا تُقْبَلُ شَهادَتُه له بأقلَّ مِن قيمتِه لا يجوزُ عندَ أَبي حَنِيفَةَ، وبأكثرَ مِن قيمتِه يجوزُ، وبمِثْلِ القِيمَةِ ـ في روايةِ البيوعِ والوَكَالَةِ ـ: لا يجوزُ، وفي روايةِ المُضَارَبَة: يجوزُ، إنَّما الخلافُ في البَيْعِ بغَبْنٍ يسيرٍ. ذكرَه في وَكَالَةِ شمسِ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيِّ ﷺ[(١)].

وبَيْعُ المُضَارِبِ وشراؤُه ممَّن لا تُقْبَلُ شَهَادَتُه له بسببِ القَرَابَةِ، أوِ الزَّوجيَّةِ بغَبْنٍ يسيرٍ لا يجوزُ عندَ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ، كما في الوَكِيلِ الخاصِّ، وبيْعُه منهُ بأكثَرَ مِنَ القِيمَةِ، وشراؤُه منهُ بأقلَّ؛ يجوزُ إجْماعًا، وبَيْعُه وشراؤُه بمِثْلِ القِيمَةِ يَجوزُ عندَهُما، وكذلكَ عِندَ أَبي حَنِيفَةَ باتِّفاقِ الرِّواياتِ.

وأبو حَنِيفَةَ فَرَّقَ بين الوَكِيلِ الخاصِّ، والمُضَارِبِ علىٰ روايةِ الوَكَالَةِ والبيوعِ،

---

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٦/٣٢].

وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالعَجْزِ.

وَلَهُ أَنَّ مَوَاضِعَ التُّهْمَةِ مُسْتَثْنَاةٌ عَنْ الْوَكَالَاتِ، وَهَذَا مَوْضِعُ التُّهْمَةِ بِدَلِيلِ عَدَمِ قَبُولِ الشَّهَادَةِ وَلِأَنَّ الْمَنَافِعَ بَيْنَهُمْ مُتَّصِلَةٌ فَصَارَ بَيْعًا مِنْ نَفْسِهِ مِنْ وَجْهٍ، وَالْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ عَلَىٰ هَذَا الْخِلَافِ.

قَالَ: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالعَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ

غاية البيان

وبَيْعُ المفاوِضِ ممَّنْ لا [١٢/١٢ظ/د] تُقْبَلُ شَهَادَتُه يأتي في شركةِ هذا «الكتاب»: أنَّه يَنْفُذُ، وفيهِ كلامٌ، فمِنْ أَصْحابِنا مَن قالَ: يَجبُ أنْ يكونَ الجوابُ في الوَكِيلِ الخاصِّ عندَ أَبي حَنِيفَةَ نظيرَ الجوابِ في المُضَارِبِ، ومنهُم مَن فَرَّقَ بينَ الوَكِيلِ والمُضَارِبِ». إلىٰ هُنا لفْظُ «التتمة».

وَجْهُ الفرقِ: أنَّ المُضَارِبَ كالمتصرِّفِ لِنفسِه مِن وَجْهٍ، ولهذا لا يجوزُ نَهْيُه بعدَما صارَ المالُ عُرُوضًا، وأنَّه شَريكُه في الرِّبْحِ، فَلا تَلْحَقُه التهمةُ في البَيْعِ بِمِثْلِ القِيمَةِ مِن هؤُلاءِ؛ لأنَّه إيثارٌ في العينِ دونَ المَالِيَّةِ، وفي العينِ هُو كالمتصرِّفِ لنفْسِه، بخلافِ البَيْعِ بالغَبْنِ، فإنَّه إيثارٌ لَه في شيءٍ مِنَ المَالِيَّةِ، وهوَ في ذلِكَ نائبٌ مَحْضٌ.

أَمَّا الوَكِيلُ: فَنائبٌ في العينِ والمَالِيَّةِ [٦/٣٠ظ/م] جميعًا، فلِهذا لَمْ يَجُزْ بَيْعُه مِن هؤُلاءِ بمِثْلِ القِيمَةِ، إلَّا أن يكونَ المُوَكِّلُ قدْ أَجازَ لَه في الوَكَالَةِ، بأنْ قالَ: بِعْ ممَّن شِئْتَ، فما باعَ بِه مِن شيءٍ؛ يجوزُ بَيْعُه مِن هؤُلاءِ حينَئذٍ.

قولُه: (وَيَنْقَلِبُ حَقِيقَةً بِالعَجْزِ)، أي: ينقلبُ حقُّ المَوْلَىٰ في كسْبِ المُكَاتَبِ إلىٰ حقيقةِ المِلْكِ بعَجْزِ [١٢/١٣و/د] المُكَاتَبِ عَن أَداءِ بَدلِ الكِتَابَةِ؛ لأنَّ المَوْلَىٰ يَمْلِكُ حينئذٍ جميعَ ما في يدِه.

قولُه: (قَالَ: وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ وَالعَرْضِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵀.

وَقَالَا: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ؛ لِأَنَّ مُطْلَقَ الْأَمْرِ يَتَقَيَّدُ بِالْمُتَعَارَفِ؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَاتِ لِدَفْعِ الْحَاجَاتِ

غاية البيان

وَقَالَا: لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ بِنُقْصَانٍ لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِيهِ، وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ)[1]، وهذِه مِن مسائِلِ القُدُورِيِّ[2]، إلَّا أنَّه لَمْ يذْكرْ في «مختصره» قولَه: (وَالعَرْضِ). ولا قولَه: (وَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِالدَّرَاهِمِ وَالدَّنَانِيرِ).

قالَ محمَّدٌ في «الأصل»: «فإنْ باعَه بثَمَنٍ يَسيرٍ: فإنَّ أَبا حَنِيفَةَ ﷺ قالَ: هوَ جائزٌ وإنْ باعَه بدرْهمٍ، وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ ﷺ: لا يجوزُ البَيْعُ إلَّا أنْ يُحَطَّ مِن ثمَنِه ما يَتَغَابَنُ الناسُ في مِثْلِه، فإنْ حَطَّ أكثرَ مِن ذلِكَ لَمْ يَجُزْ، وإنْ باعَه بنسيئةٍ أوْ نقْدٍ؛ فهوَ جائزٌ، وإنْ باعَه بدنانيرَ أو بدراهمَ، أو بعُرُوض، أوْ بشيءٍ ممَّا يُكَالُ، أوْ يُوزَنُ؛ فهوَ جائزٌ، وقالَ أَبو يوسُفَ ومحمَّدٌ: لا يَجوزُ إلَّا أنْ يَبِيعَه بدنانيرَ، أوْ بدراهمَ؛ لأنَّهما الأثْمَانُ الَّتي تقَعُ عليْها بيوعُ النَّاسِ»[3]. إلى هنا لفْظُ محمَّدٍ في «الأصل»، في أوَّل بابِ الوَكَالَة [١٢/١٣ظ/د] في البَيْعِ.

وقالَ في «الأسرار»: «روى الحسنُ عن أبي حَنِيفَةَ: أنَّه لا يجوزُ بَيْعُه إلَّا بمِثْلِ القِيمَةِ، ونُقْصَانٍ يَتَغَابَنُ في مِثْلِه»، وهوَ قولُهما، وقولُ الشَّافِعِيِّ كقولِهما[4].

---

(١) في «التصحيح»: ورجح قول الإمام، وهو المعول عليه عند النسفي، وهو أصح الأقاويل والاختيار عند المحبوبي، ووافقه الموصلي وصدر الشريعة. اهـ. وعليه أصحاب المتون الموضوعة لنقل المذهب بما هو ظاهر الرواية. ينظر: «الجامع الصغير» [ص/٤٠٩]، «المبسوط» [٣٦/١٩]، «بدائع الصنائع» [٢٧/٦]، «تبيين الحقائق» [٢٧٠/٤]، «الجوهرة النيرة» [٣٠٦/١]، «البناية» [٢٦٨/٩]، «لسان الحكام» [٢٥٤/١] «مجمع الضمانات» [٢٤٩/١]، «التصحيح» [ص/٢٧٥]، «اللباب» [١٤٧/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٧].

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [٢٧٢/١١ - ٢٧٣/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٤) ينظر: «الوسيط في المذهب» للغزالي [٢٨٥/٣]. و«روضة الطالبين» للنووي [٣٠٤/٤، ٣٠٥]، و«النجم الوهاج في شرح المنهاج» للدَّمِيري [٤٢/٨ - ٤٣].

فَتَتَقَيَّدُ بِمَوَاقِعِهَا، وَالْمُتَعَارَفُ الْبَيْعُ بِثَمَنِ الْمِثْلِ وَبِالنُّقُودِ وَلِهَذَا يَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ

كذا في «المختلف»(١)، و«شرح الأقطع»(٢).

وَجْه قولِهما: أنَّ التَّوْكِيلَ بِالبَيْعِ وقَعَ مطلقًا، والمُطْلَقُ ينصَرِفُ إلىٰ المتعارَفِ، والمتعارَفُ هوَ البَيْعُ بثَمَنِ المِثْلِ وبالنّقودِ، لا بالغَبْنِ الفاحشِ ولا بالعُرُوضِ، فيَتَقَيَّدُ التَّوْكِيلُ بِالمتعارَفِ، فإذا أتَىٰ بغيرِ ذلِكَ لَمْ يَجُزْ.

وإنَّما قُلنا إنَّ المُطْلَقَ ينصَرِفُ إلىٰ المتعارَفِ: بدلالةِ الأحْكامِ.

منْها: أنَّه لوْ أمَرَه بشراءِ الفحْمِ في الشِّتاءِ، أوْ بشراءِ الجَمْدِ(٣) في الصَّيفِ؛ يتَقَيَّدُ بزمانِ الشّتاءِ والصَّيفِ بدلالةِ العُرْفِ [٢/٣٠٣ظ]، وكذا لوْ أمَرَه بِشراءِ الأُضحيّة؛ يتَقَيَّدُ بأيّامِ النَّحرِ مِن تلكَ السَّنَةِ.

ومنْها: أنَّه إذا اشْتَرَىٰ بدراهمَ مُطْلَقةٍ؛ ينصرفُ إلىٰ النقْدِ المُعْتَادِ في البلدِ؛ لأنَّه المتعارَفُ.

ومنها: أنَّه إذا وكَّلَه(٤) بشراءِ شيءٍ؛ لَمْ يَجُزْ لَه أنْ يَشْتَرِيَه بأكثرَ مِن قيمتِه؛ لأنَّه ليسَ بِمتعارَفٍ.

ومنْها: أنَّه لوْ حلفَ لا يَشْتَرِي رأسًا، فاشترىٰ رأْسَ عُصفورٍ [٦/٣١و/م] لا يَحْنَثُ؛ لأنَّه لا يتبادَرُ إليْه الوهمُ في العُرْفِ، وينصرفُ ذلِكَ إلىٰ رأسِ الغَنَمِ خاصَّةً عندَ أَبِي حَنِيفَةَ، وإلىٰ رأْسِ البقَرِ [١٢/١٤و/د] أيضًا عندَهُما، وكلٌّ أجابَ علىٰ عُرْفِ زمانِه.

---

(١) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [١٤٣٧/٣].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٦٤].

(٣) الجَمْدُ - بتسكين الميم -: ما جَمَدَ من الماء، فصار ثَلْجًا. وهو نَقِيضُ الذَّوْبِ، وهو مَصْدَر سُمِّيَ به. ينظر: «لسان العرب» لابن منظور [١٢٩/٣/ مادة: جمد]، و«المعجم الوسيط» [١٣٣/١].

(٤) وقع بالأصل: «وكل». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

بِشِرَاءِ الْفَحْمِ وَالْجُمْدِ وَالْأُضْحِيَّةِ ....

غاية البيان

وإنَّما قُلنا إنَّ المتعارَفَ هوَ البَيْعُ بِثَمَنِ المِثْلِ؛ لأنَّ البائعَ يَمْتَنِعُ عادةً أنْ يَبِيعَ بأقلَّ مِن القِيمَةِ؛ لأنَّه يتَضَرَّرُ به، كما يمْتَنِعُ المُشْتَرِي عنِ الشِّراءِ بأكثرَ مِن القِيمَةِ، فكانَ المتعارَفُ إذَن: البَيْعُ بمِثْلِ القِيمَةِ، ولأنَّ البَيْعَ بغَبْنٍ فاحشٍ بَيْعٌ مِن وَجْهٍ هِبَةٌ مِن وَجْهٍ، فلَمْ يتناولْه مُطْلَقُ التَّوْكِيلِ بِالبَيْعِ.

بيانُه: أنَّه إذا باعَ شيئًا يساوِي عشرةً بخمسةٍ؛ كانَ بقَدْرِ الخمسةِ تَمليكُ مالٍ بمالٍ، فكانَ بيعًا، وفيما فوقَ ذلكَ تمليكُ مالٍ بغيرِ عِوَضٍ، فكانَ هِبَةً، ولهذا لا يَجوزُ للأبِ والوَصِيِّ بَيْعُ مالِ الصَّبِيِّ بغَبْنٍ فاحشٍ؛ لوقوعِه تبرُّعًا.

ولوْ كانَ بيعًا مِن كلِّ وَجْهٍ لجازَ مِنهُما؛ لأنَّهما يَمْلِكانِ بَيْعَ مالِ الصَّبِيِّ لا التبرُّعَ به، ولهذا يُعْتَبَرُ بَيْعُ المريضِ مرضَ الموتِ مالَه مِن الثلُثِ إذا باعَه بغَبْنٍ فاحشٍ.

وإنَّما قلنا إنَّ المتعارَفَ هو البَيْعُ بالنقودِ؛ لأنَّ البَيْعَ بالعَرْضِ مُقَايَضَةٌ، وهيَ بَيْعٌ مِن وَجْهٍ، شِرَاءٌ مِن وَجْهٍ، فَلا يدخلُ تحتَ مُطْلَقِ التَّوْكِيلِ [١٢/١٤ظ/د] بِالبَيْعِ.

وَوَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ التَّوْكِيلَ بِالبَيْعِ وقَعَ مُطلقًا بلا قَيْدٍ بثَمَنٍ دونَ ثَمَنٍ، وقد أتَىٰ الوَكِيلُ بما وُكِّلَ به، فجازَ.

وإنَّما قُلنا إنَّ التَّوْكِيلَ وقَعَ مُطلقًا؛ لأنَّه قالَ: بِعْ هذا العينَ، والمُطْلَقُ يُجرَىٰ علىٰ إطلاقِه إلَّا إذا منَعَ منهُ مانعٌ، كأوَامِرِ صاحبِ الشَّريعةِ.

وإنَّما قُلنا إنَّ الوَكِيلَ أتىٰ بما وُكِّلَ بِه؛ لأنَّه أُمِرَ بمطلَقِ البَيْعِ، والبَيْعُ مُطلقًا هوَ بَيْعٌ مِن كلِّ وَجْهٍ، والبَيْعُ بغَبْنٍ فاحشٍ بَيْعٌ مِن كلِّ وَجْهٍ؛ بِدلالةِ الحقيقةِ والعُرْفِ والحُكْمِ، فَيكونُ الوَكِيلُ آتِيًا بما أُمِرَ بِه، فيجوزُ بَيْعُه.

أمَّا الحقيقةُ: فلأنَّ البَيْعَ تمليكُ مالٍ بمالٍ، والبَيْعُ بغَبْنٍ فاحشٍ كذلِكَ.

وأمَّا العُرْفُ: فإنَّ النَّاسَ يقولونَ: هذا بَيْعٌ رابحٌ، وذاكَ بيعٌ خاسرٌ، وذلكَ بَيْعٌ

. . . .

عدْلٌ، فلوْلا أنَّ البَيْعَ بغَبْنٍ فاحشٍ بيعًا؛ لَمْ يصحَّ إطلاقُ البَيْعِ عليْهِ.

وأمَّا **الحُكْمُ**: فإنَّ مَن حلَفَ ألَّا يَبِيعَ، فباع بغَبْنٍ فاحشٍ؛ حَنِثَ في يَمينِه، فلوْلا أنَّه بَيْعٌ مِن كلِّ وَجْهٍ لَمْ يَحْنَثْ.

ولَا نُسَلِّمُ أنَّ البَيْعَ بِالغبنِ [١٢/١٥و/د] الفاحشِ أوْ بالعَرْضِ ليسَ بِمتعارَفٍ، بلْ ذلكَ متعارَفٌ عندَ اشْتِدادِ الحاجةِ إلى تَحصيلِ الثَّمَنِ، وعندَ التبرُّمِ مِنَ المَبيعِ، وإطلاقُ لفْظِ المُوَكِّلِ وإقدامُ الوَكِيلِ [٦/٣١ظ/م] عَلى ذلِكَ مِن غيرِ تُهمةٍ دليلٌ على وقوعِ الحاجةِ.

على أنَّا نقولُ: قوْلُكم: إنَّ المتعارَفَ هوَ البَيْعُ بثَمَنِ المِثْلِ، وبالنقودِ أيْش تعْنُونَ به؟ إنْ قلتُم: نعْنِي العُرْفَ القَوْلِيَّ، وهوَ أنْ يتعارَفَ النَّاسُ إطلاقَ اللَّفظِ عليْهِ دونَ غيرِه، فَلَا نُسَلِّمُ أنَّه ثابتٌ هُنا، وإنْ قلتُم: نَعْنِي العُرْفَ العَمَلِيَّ، وهوَ أنْ يُطلِقوا اللَّفظَ على هذا وعَلى ذاكَ، ولكنَّهم فعَلوا هذا دونَ غَيرِه، فلَا نُسَلِّمُ تقْييدَ المُطْلَقِ بالعُرْفِ العَمَلِيِّ بدلالةِ الحُكْمِ.

فإنَّ مَن حلَفَ لا يأكُلُ لحمًا، فأكَلَ لحْمَ آدَمِيٍّ، أوْ لحْمَ خِنْزِيرٍ؛ حَنِثَ، وإنْ وُجِدَتِ العادةُ على الامتِناعِ عَن أكْلِه؛ لأنَّه لَمَّا سُمِّيَ لحمًا في العُرْفِ القَوْلِيِّ؛ لَمْ يتَقَيَّد اليَمِينُ بالعُرْفِ العَمَلِيِّ، ولَمْ يمْتَنِع الحِنْثُ.

والجوابُ عمَّا تَعلَّقوا مِنَ الأحْكامِ فَنقولُ: نقَلَ في «التتمة» و«الفتاوى الصغرى» عن باب الوَكَالَة بالسَّلمِ: «أنَّ تقْييدَ التَّوْكِيلِ [١٢/١٥ظ/د] بِشراءِ الأضحيةِ، والجَمْدِ، والفحْمِ: مَرْوِيٌّ [٢/٣٠٤و] عن أبي يوسُف، أمَّا عندَ أبي حَنِيفَةَ: يُعْتَبرُ الإطلاقُ». يعْني: لا يتَقَيَّدُ بزمانِ الأضحيَةِ والصَّيْفِ والشتاءِ، وهذا معْنى قولِه في «المتن»: (وَالمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ).

....

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ التَّوْكِيلَ يَتَقَيَّدُ فنقولُ: إنَّما تقيَّدَ بدلالةِ الغرَضِ، لا بدلالةِ العادةِ؛ لأنَّ الغرَضَ مِن شِرَاءِ الفحْمِ: دَفْعُ ضررِ البَرْدِ، وذلِكَ يَختصُّ بالشِّتاءِ، والغَرَضُ مِن شِرَاءِ الجَمْدِ: دَفْعُ ضَرَرِ الحَرِّ، وذلِكَ يختصُّ بالصَّيفِ، حتَّىٰ لوِ انعدمَتْ هذِه الدَّلالةُ؛ بأنْ وُجِدَ التَّوْكِيلُ ممَّنْ يعْتادُ تربُّصَ الفحْمِ، كالحدَّادِينَ وغيرِهِم، أوْ تربُّصَ الجَمْدِ، كالفُقَّاعِيِّينَ[1] وغيرِهم؛ لا يتقيَّد. كذا قالَ الإمامُ علاءُ الدِّينِ العالم في «**طريقة الخلاف**»[2].

وكذلِكَ التوكيلُ بالأُضْحيَةِ: تُقَيَّدَ بأيَّامِ النَّحرِ بالغَرَضِ، لا بالعادةِ؛ لأنَّ غرَضَ المُوَكِّلِ خروجُه عَن عُهدةِ الوُجُوبِ الَّذي تَلْحَقُه في أيَّامِ تِلكَ السَّنَةِ.

وأمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ: إنَّما لَمْ يَجُزْ لَه الشِّرَاءُ بغَبْنٍ فاحشٍ علىٰ إحْدىٰ الروايَتَيْنِ عَن أبي حَنِيفَةَ للتُّهمةِ؛ لأنَّه مِنَ الجائزِ أنْ [١٢/١٦و/د] يَشْتَرِيَهُ لِنفسِه، ثمَّ لَمَّا رأىٰ فيه الخسْرانَ؛ ألحَقَهُ بِالآمِرِ، حتَّىٰ لوِ انتفَتِ التهمةُ؛ بأنْ كانَ وَكِيلًا بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه؛ جازَ شِراؤُه علىٰ الآمِرِ عندَ أَبي حَنِيفَةَ أيضًا؛ لعدَمِ التُّهمةِ.

وأمَّا إذا حلفَ لا يَشْتَرِي رأسًا: لا يقَعُ علىٰ رأسِ العُصفورِ؛ لأنَّ النَّاسَ لا يُطْلقونَ اسمَ الرأسِ عليْه علىٰ الإطلاقِ، بلْ يَقولونَ: رأسُ العصفورِ، فتَقَيَّدَتِ اليَمِينُ بالعُرْفِ القَوْلِيِّ.

وأيضًا الغَرَضُ مِن اليَمِينِ: المنعُ، أو الحَمْلُ، وهذا [٦/٣٢و/م] إنَّما يَتَحَقَّقُ في

---

(١) الفُقَّاعِيِّين: نِسْبة إلىٰ الفُقَّاع ـ كرُمَّانٍ ـ، وهو شَرابٌ يُتَّخَذ مِن الشعير، وسُمِّيَ به: لِمَا يرتفع في رأسه ويعْلُوه مِن الزَّبَد. ويبدو أن تلك النسبة كانت رائجةً قديمًا، حيث يقوم الفُقَّاعِيُّ ببَيْع ذلك الشَّراب في أكوابٍ للمَارَّة، وكان يتَرَصَّد الجَمْدَ لوَضْعِه في الفُقَّاع؛ كَيْ يَبْرُدَ ويَحْلُوَ مَذَاقُه. ينظر: «تاج العروس» للزَّبيدي [١١/٣٤٩/ مادة: فقع].

(٢) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٣٥٢ ـ ٣٥٣].

بِزَمَانِ الحَاجَةِ، وَلِأَنَّ الْبَيْعَ بِغَبْنٍ فَاحِشٍ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ هِبَةٌ مِنْ وَجْهٍ، وَكَذَا الْمُقَايَضَةُ بَيْعٌ مِنْ وَجْهٍ شِرَاءٌ مِنْ وَجْهٍ فَلَا يَتَنَاوَلُهُ مُطْلَقُ اسْمِ الْبَيْعِ[1].

وله ﷺ أَنَّ التَّوْكِيلَ بِالْبَيْعِ مُطْلَقٌ فَيَجْرِي عَلَىٰ إِطْلَاقِهِ فِي غَيْرِ مَوْضِعِ التُّهْمَةِ، وَالْبَيْعُ بِالْغَبْنِ أَوْ بِالْعَيْنِ مُتَعَارَفٌ عِنْدَ شِدَّةِ الْحَاجَةِ إِلَى الثَّمَنِ وَالتَّبَرُّمِ مِنَ الْعَيْنِ، وَالمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَى قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ عَلَىٰ مَا هُوَ الْمَرْوِيُّ عَنْهُ وَأَنَّهُ

غاية البيان

أمرٍ مُعتادٍ، لا في غيرِ مُعتادٍ، وشِرَاءُ رأسِ العُصفورِ غيرُ معتادٍ، فلَمْ يتناولْه اليَمِينُ.

وهذا هوَ الجوابُ عن تقيُّدِ اليَمِينِ بِرأسِ الغَنَمِ عندَ أبي حَنِيفَةَ، وبِرأسِ البَقَرِ أيضًا عندَهما؛ لأنَّ ما هو المُعْتَادُ أُرِيدَ على اختلافِ المذهبَيْنِ بدلالةِ الغَرَضِ.

وأمَّا الأبُ والوصِيُّ: فإنَّما لَمْ يَمْلِكا بَيْعَ مالِ الصَّبِيِّ بغَبْنٍ فاحشٍ، وإنْ كانَ ذلكَ بيعًا مِن كلِّ وَجهٍ؛ لأنَّه يعْرَىٰ عَن نفْعِ الصَّبِيِّ، وهُما لا يَمْلِكانِ التَّصرُّفَ في مالِ الصَّبِيِّ، إلَّا على الوجْهِ الَّذي لَه فيهِ نَظَرٌ.

وأمَّا المريضُ: فإنَّما اعْتُبِرَ بَيْعُه بغَبْنٍ فاحشٍ مِن الثُّلثِ؛ لأنَّه تعرَّضَ لحَقِّ [١٢/١٦ظ/د] الورثةِ بِالإبْطالِ، ولهذا لوْ باعَ بغَبْنٍ يَسيرٍ؛ يُعْتَبرُ مِنَ الثُّلثِ أيضًا، أمَّا ههُنا فالأمْرُ بخلافِه.

قولُه: (بِزَمَانِ الحَاجَةِ)، أي: مِن هذِه السَّنَةِ.

قولُه: (وَكَذَا المُقَايَضَةُ)، هيَ بَيْعُ العَرْضِ بالعَرْضِ، سُمِّيَ بِها؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ مِنَ العِوَضَيْنِ مِثْلٌ للآخرِ، يقالُ: هما قَيْضانِ، أيْ: مِثْلانِ.

قولُه: (وَالمَسَائِلُ مَمْنُوعَةٌ عَلَىٰ قَوْلِ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ)، أرادَ بِها: مسائلَ شِرَاءِ الفحْمِ، والجَمْدِ، والأضحيَّةِ، وقدْ مَرَّ البيانُ.

---

(١) زاد بعده في (ط): «ولهذا لا يملكه الأب والوصي».

بَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ حَلَفَ لَا يَبِيعُ يَحْنَثُ بِهِ، غَيْرَ أَنَّ الْأَبَ وَالْوَصِيَّ لَا يَمْلِكَانِهِ مَعَ أَنَّهُ بَيْعٌ؛ لِأَنَّ وِلَايَتَهُمَا نَظَرِيَّةٌ وَلَا نَظَرَ فِيهِ، وَالْمُقَايَضَةُ: شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ لِوُجُودِ حَدِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا.

غاية البيان

قوله: (وَالْمُقَايَضَةُ: شِرَاءٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ، وَبَيْعٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ)، جوابٌ عن(١) قولِهما: وكذا المُقَايَضَةُ بَيْعٌ مِن وَجْهٍ، شِرَاءٌ مِن وَجْهٍ، فلا يتناولُه مُطْلَقُ اسمِ البَيْعِ.

فقالَ: لَا نُسَلِّمُ أنَّها كذلِكَ، بلْ هيَ شِرَاءٌ مِن كلِّ وَجْهٍ، بَيْعٌ مِن كلِّ وَجْهٍ؛ إذْ كُلُّ واحدٍ مِن العِوَضَيْنِ يصْلُحُ أنْ يكونَ مَبيعًا وثمنًا، ويفتَرِقُ أحدُ الأمرَيْنِ مِنَ الآخَرِ بدُخولِ حرفِ الباءِ الَّذي يصْحَبُ الأَثْمَانَ الَّتي هيَ أتباعٌ، فعلىٰ أيِّهما دخَلَ الباءُ؛ يُجْعَلُ ذلك ثمنًا، والآخرُ مَبيعًا.

فإذا كانَ بَيْعُ المُقَايَضَة بيعًا مِن كلِّ وَجْهٍ، يتناولُه مُطْلَقُ التَّوْكيلِ بِالبَيْعِ؛ إذِ الوَكِيلُ باعَ [١٢/١٧و/د] العَرْضَ الَّذي كانَ وَكِيلًا بِبَيْعِه بالعَرْضِ الَّذي في يدِ العَاقِدِ معَه، حيثُ قالَ: بِعْتُ هذا بذاكَ، ولَمْ يقل: اشْتَرَيْتُ ذاكَ بهذا الَّذي في يدِي؛ لأنَّه يجْرِي علىٰ وفاقِ أمْرِ المُوَكِّلِ، وقدْ أمَرَهُ بالبَيْعِ، لا بِالشِّرَاءِ، فَحصَلَ البَيْعُ فيما وُكِّلَ بِه مِن كلِّ وَجْهٍ، فتناولَه التَّوْكِيلُ بالبَيْعِ مُطلقًا [٢/٣٠٤و/م].

[٢/٣٠٤ظ] وقالَ في «تتمة الفتاوىٰ»: «الوَكِيلُ بالبَيْعِ المُطْلَقِ إذا باعَ بثَمَنٍ مُؤجَّلٍ: قيلَ: علىٰ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: يجوزُ وإنْ طالتِ المُدَّةُ. وعندَهُما: يجوزُ بأجَلٍ مُتعارَفٍ في تلكَ السِّلْعَةِ، وبالزيادةِ علىٰ ذلكَ فَلا.

وعَن أَبي يوسُف: إنْ وكَّلَه بالبَيْعِ علىٰ وَجْهِ التِّجَارَةِ؛ فلَه أنْ يَبِيعَه بِالنَّسيئَةِ [٦/٣٢ظ/م]، وإنْ وكَّلَه بِالبَيْعِ لِحاجتِه إلىٰ النَّفقةِ أوْ قَضاءِ الدَّيْنِ، وما أشبهَ ذلِكَ، فَليسَ لَه أنْ يَبِيعَه بِالنَّسيئةِ»، ونقلَه عَن بابِ الوَكَالَةِ بالسَّلَمِ لِلصَّدرِ الشَّهيدِ.

(١) وقع بالأصل: «من». والمثبت من: «م»، و«غ».

قَالَ: وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ القِيمَةِ، وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا، وَلَا يَجُوزُ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ؛ لِأَنَّ التُّهْمَةَ فِيهِ [٦٣/و] مُتَحَقِّقَةٌ

غاية البيان

ثمَّ قالَ في «التتمة»: «وذكرَ في البابِ الثَّاني مِن شرْحِ بيوعِ «الكافي»: أنَّ الوَكِيلَ بمُطْلَقِ البَيْعِ يَمْلِكُ البَيْعَ بالنَّسيئةِ عِندَنا خلافًا لِلشَّافِعِيِّ، ثمَّ قيلَ: يَجوزُ البَيْعُ بالنسيئةِ على قولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ، طالتِ المُدَّةُ أوْ قصُرَتْ، وعندَهُما: لا يجوزُ إلَّا بأجَلٍ متعارَفٍ في تِلكَ السِّلْعَةِ، وهُو المأخوذُ».

[١٢/١٧ظ/د] قولُه: (قَالَ: وَالوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ يَجُوزُ عَقْدُهُ بِمِثْلِ القِيمَةِ، وَزِيَادَةٍ يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهَا[1]، وَلَا يَجُوزُ بِمَا لَا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فِي مِثْلِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[2].

وقالَ في «شرح الأقطع»[3]: وعَنْ أَبي حَنِيفَةَ روايةٌ أُخرىٰ: أنَّه يجوزُ بِالقليلِ والكَثيرِ؛ لِعمومِ الأمْرِ، وإنَّما جازَ عَقْدُ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ بزيادةٍ يتَغَابَنُ الناسُ في مِثْلِها؛ لأنَّها زيادةٌ غيرُ ظاهرةٍ؛ لدخولِها تحتَ تَقْويمِ المُقَوِّمينَ، فلَمْ يتَحقَّقِ الغَبْنُ، فكانتِ الزِّيادَةُ كالعدَمِ، فجازَ الشِّرَاءُ على الآمِرِ لِعدمِ التُّهمةِ.

بِخلاف الشِّرَاءِ بِزيادةٍ لا يتَغَابَنُ الناسُ في مِثْلِها؛ لأنَّها زيادةٌ ظاهرةٌ لعدَمِ دُخولِها تحتَ تقْويمِ المُقَوِّمينَ، فتحَقَّقَ الغَبْنُ، وكانَ الوَكِيلُ متَّهمًا في إلحاقِ الشِّرَاءِ بالآمِرِ، فلَمْ يَجُزْ علىٰ الآمِرِ؛ لأنَّ مِن الجائزِ أنْ يَشْتَرِيَهُ لِنفسِه، ثمَّ لَمَّا رأىٰ الخسرانَ في الشِّرَاء ألحَقَه بالمُوَكِّلِ؛ لأنَّه يجوزُ شِرَاءُ ذلِكَ الشَّيءِ لنفسِه، حتَّىٰ إذا انتفَتِ

---

(١) قال في «الذخيرة»: وتكلموا في الحد الفاصل بين الغبن اليسير والفاحش، **والصحيح** ما روىٰ عن الإمام محمد في «النوادر»: أن كل غبن يدخل تحت تقويم المقومين فهو يسير، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش، ثم قال: وإليه أشار في «الجامع». اهـ كما في «اللباب» [١٤٨/٢].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٧].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٦٤]

فَلَعَلَّهُ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا لَمْ يُوَافِقْهُ أَلْحَقَهُ بِغَيْرِهِ عَلَىٰ مَا مَرَّ، حَتَّىٰ لَوْ كَانَ وَكِيلًا بِشِرَاءِ شَيْءٍ بِعَيْنِهِ قَالُوا يَنْفُذُ عَلَى الْآمِرِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ شِرَاءَهُ لِنَفْسِهِ، وَكَذَا الْوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا ؛ جَازَ عِنْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ

غاية البيان

التهمةُ بأنْ كانَ وَكِيلًا بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه ؛ يقعُ شِراؤُه على الآمِرِ ؛ لأنَّه لا يَمْلِكُ الوَكِيلُ أنْ يَشْتَرِيَه لنفسِه، وإنْ نوىٰ الشِّرَاءَ لنفسِه، أوْ صَرَّحَ [١٢/١٨و/د] بذلِكَ بأنْ قالَ: اشْهَدوا أنِّي قدِ اشْتريتُها لنفْسي، إلَّا إذا خالَفَ في الثَّمَنِ، لا إلىٰ خيْرٍ، أوْ خالَفَ إلىٰ جنسٍ آخرَ، وقد مَرَّ ذلِك مرَّةً.

قالَ الشيخُ الإمامُ خُوَاهَر زَادَه: «جوازُ عَقْدِ الوَكِيلِ بالشِّرَاءِ بزيادةٍ يتَغَابَنُ النَّاسُ في مِثْلِها: فيما ليسَ لَه قِيمَةٌ معلومةٌ عندَ أهلِ البَلَدِ، فأمَّا ما لَه قِيمَةٌ معْلومةٌ عندَهم: كاللحْمِ والخُبْزِ إذا زادَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ عَلىٰ ذلِكَ لا يلزمُ الآمِرَ، قَلَّتِ الزِّيادَةُ أوْ كثُرَتْ»، قالَ في بيوعِ «التتمة»: «وبه يُفْتَىٰ»[١].

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ)، إشَارَةٌ إلىٰ ما ذكرَ في «المتن» قبْلَ ورقتَيْنِ بقولِه: (لِأَنَّهُ مَوْضِعُ تُهْمَةٍ ؛ بِأَنِ اشْتَرَاهُ لِنَفْسِهِ، فَإِذَا رَأَى الصَّفْقَةَ خَاسِرَةً أَلْزَمَهَا الآمِرَ).

قولُه: (وَكَذَا الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ إِذَا زَوَّجَهُ امْرَأَةً بِأَكْثَرَ مِنْ مَهْرِ مِثْلِهَا ؛ جَازَ عِنْدَهُ)، أي: عندَ أبي حَنِيفَةَ [٦/٣٣و/م]، يعْني: لعدَمِ التُّهمةِ.

قالَ محمَّدٌ في «الأصل» في أوَّلِ باب الوَكَالَةِ في النِّكَاحِ: «وإذا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا أنْ يُزَوِّجَه امرأةً بعَيْنِها، فزَوَّجَها إيَّاهُ ؛ فهوَ جائزٌ، فإنْ زادَها علىٰ مهرِ [١٢/١٨ظ/د] مِثْلِها ؛ فهوَ جائزٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ.

وفي قولِ أبي يوسُف ومحمَّدٍ: إذا زَوَّجَها بما يتَغَابَنُ النَّاسُ في مِثْلِه فهُو

(١) ينظر: «المبسوط» [١٩/٣٧]، «بدائع الصنائع» [٦/٢٧]، «لسان الحكام» [١/٢٥٤]، «حاشية الشلبي» [٤/٢٧٠].

الْإِضَافَةِ إِلَى الْمُوَكِّلِ فِي الْعَقْدِ فَلَا تَتَمَكَّنُ هَذِهِ التُّهْمَةُ، وَلَا كَذَلِكَ الْوَكِيلُ

جائزٌ، وإذا زادَ أكثرَ مِن ذلكَ لَمْ يلزَمِ الزوجَ النِّكَاحُ إلَّا أنْ يرضاهُ.

وإذا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا أنْ يُزَوِّجَ امرأةً بعَيْنِها، فتزوَّجها الوَكِيلُ؛ فهوَ جائزٌ، وهيَ امرأتُه، ولا يُشْبِهُ هذا الشِّرَاءَ لوْ أمَرَه أنْ يَشْتَرِيَ عبدًا بعَيْنِه، فاشتراهُ الوَكِيلُ لنفسِه؛ كانَ العبدُ للآمِرِ»[1]. إلى هنا لفْظُ «**الأصل**».

قالَ في «شرح الكافي»[2] في هذا الباب: «وأصْلُه: ما ذكرَ في «كتاب البيوع»: أنَّ الوَكَالَة [٢/٣٠٥و] المُطْلَقَةَ يُرَاعَى فيها الصِّيغةُ، ولا تتَقَيَّدُ بالعَقْدِ المعْروفِ عندَ أبي حَنِيفَةَ. وعندَهُما: تتَقَيَّدُ.

والنِّكَاحُ بأكثرَ مِن مهْرِ المِثْلِ بما لا يَتغَابَنُ الناسُ فيهِ ليسَ بِمعْروفٍ، وكانَ يَنبغي أنْ يكونَ الجوابُ على قولِ الكُلِّ هكذا؛ لأنَّ الوَكِيلَ مِن قِبَلِ الزوْجِ في معْنى الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ، والوَكَالَةُ بِالشِّرَاءِ ممَّا تتَقَيَّدُ بالعُرْفِ.

قُلْنا: بَلى، ولكنَّ الوَكَالَةَ [١٢/١٩و/د] بِالشِّرَاءِ إنَّما تتَقَيَّدُ بِالعُرْفِ في موضعِ التُّهمةِ، والتُّهمةُ لا تدخُلُ في هذا البابِ؛ لأنَّه لا يُتوَهَّمُ أنْ يكونَ عاقدًا لنفسِه، بخلافِ الوَكِيلِ بشراءِ شيءٍ بغيرِ عَيْنِه، حتَّى لوِ ارتفَعَ هذا التوهُّمُ في الشِّرَاءِ أيضًا، بأنْ كانَ التَّوْكِيلُ في شِرَاءِ شيءٍ بعَيْنِه، يكونُ علَى هذا الخلافِ أيضًا.

ولوْ تزَوَّجَها الوَكِيلُ كانتِ امرأتَه، ولا يُشْبِهُ هذا الشِّرَاءَ، فإنَّ الوَكِيلَ بِالشِّرَاءِ سواءٌ اشْتَرَى لنفسِه أوْ أطلَقَ؛ يصيرُ مُشْتريًا لمُوَكِّلِه إذا كانَ التَّوْكِيلُ بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه، وفي الوَكِيلِ بِالنِّكَاحِ إذا أضافَ العَقْدَ إلى مُوَكِّلِه يَنْفُذُ عليْه، وإذا أضافَه إلى نفسِه يَصيرُ مُخالِفًا، وإنَّما كانَ كذلِكَ؛ لأنَّ في الشِّرَاءِ العَاقِدَ هو الوَكِيلُ، ولهذا

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٣٩٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].
(٢) ينظر: «المبسوط» للسرخسيِّ [١٩/١١٧ ـ ١١٩].

بِالشِّرَاءِ؛ لِأَنَّهُ يُطْلَقُ العَقْدُ.

قَالَ: وَالَّذِي لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ، وَقِيلَ فِي الْعُرُوضِ الإل نيم وَفِي الْحَيَوَانَاتِ الإل بازده وَفِي الْعَقَارَاتِ الإل دوازده؛ لِأَنَّ التَّصَرُّفَ يَكْثُرُ وُجُودُهُ فِي الْأَوَّلِ وَيَقِلُّ فِي الْأَخِيرِ وَيَتَوَسَّطُ فِي الْأَوْسَطِ وَكَثْرَةُ الْغَبْنِ لِقِلَّةِ التَّصَرُّفِ.

غاية البيان

يُؤْخَذُ بحقوقِ العَقْدِ، إلّا أنّه التزمَ أنْ يكونَ حُكْمُ عَقْدِه واقعًا لغيرِه، فيقَعُ لغيرِه على وَجْهِ عَقْدِه.

وفي النِّكَاحِ: العَاقِدُ هو المُوَكِّلُ، فإنَّما يكونُ عاقدًا لَه إذا أضافَ العَقْدَ [١١/١٩ظ/د] إليْه، فإذا أضافَ العَقْدَ إلى نفسِه؛ فقدْ جعَلَ نفْسَه عاقدًا، فصارَ مُخالِفًا، وهذا لأنَّه لا يستقيمُ أنْ يُجْعَلَ عاقدًا لنفسِه فيما بيْنَه وبينَ العاقِدِ، ثمَّ للآمِرِ فيما بيْنَه وبينَ الآمِرِ في [٦/٣٣ظ/م] النِّكَاحِ؛ لأنَّ حُكْمَ النِّكَاحِ بعْدَ وُقوعِه لشَخصٍ لا يقْبَلُ النَّقلَ إلى غيرِه، وفي الشِّرَاءِ: يَستقيمُ أنْ يُجْعَلَ عاقدًا لنفسِه فيما بينَ المُتَعَاقِدَيْنِ، ثمَّ للآمِرِ فيما بيْنَه وبَيْنَ الآمِرِ، فجعَلْناهُ هَكذا»[١]. كذا في «شرح الكافي».

قولُه: (لِأَنَّهُ يُطْلَقُ العَقْدُ)، أيْ: يَستغْنِي الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ عَن إِضافةِ العَقْدِ إلى المُوَكِّلِ.

قولُه: (قَالَ: وَالَّذِي لَا يَتَغَابَنُ فِيهِ النَّاسُ مَا لَا يَدْخُلُ تَحْتَ تَقْوِيمِ الْمُقَوِّمِينَ)، أيْ: قالَ الشَّيْخُ القُدُورِيُّ في «مختصره»[٢].

قالَ الشَّيْخُ أَبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «والمقْدارُ الَّذي لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فيهِ: نِصْفُ العُشْرِ وأقلّ منهُ، وهذا غيرُ منصوصٍ عنهُم، ولكِن مذاهبهُم تدلُّ

(١) ينظر: «المبسوط» للسرخسيّ [١٩/١١٧ ـ ١١٩].
(٢) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٧].

. . . .

عليْه»[1]. إلى هنا لفْظُ الطَّحَاوِيِّ.

وقالَ الإمامُ الأَسْبيجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»[2] [١٢/٢٠ظ/د]: «ورُوِيَ عن نُصَيْرِ بنِ يَحيى أنّه قالَ: قَدْرُ ما يَتَغَابَنُ النَّاسُ فيه في العُروضِ: «دَهْ نِيم[3]»، وفي الحيوان: «دَهْ يازْدَهْ[4]»، وفي العَقَارِ: «دَهْ دُوَازْدَهْ[5]».

وقالَ الشَّيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في «شرْح الجامع الكبير» ـ في الباب الثاني مِن كتابِ الزكاة ـ: «القَليلُ مِنَ المُحاباةِ في باب البِيَاعَاتِ مُلْحَقٌ بِالعدَمِ؛ لتعذُّرِ الصِّيانةِ عنهُ؛ لدُخولِ ذلِكَ تحتَ تقْويمِ المُقوِّمينَ، والكثيرُ منْها غيرُ مُلْحَقٍ بِالعدَمِ؛ لدُخولِ الامتِناعِ عَنهُ تَحتَ الإمْكانِ».

ثمَّ قالَ: «اختلَفَ المشايخُ في الحَدِّ الفاصلِ بينَ القَليلِ والكَثيرِ:

منهُم مَن قالَ: ما يَتَغَابَنُ النَّاسُ فيهِ قليلٌ، وما لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فيهِ كثيرٌ.

ومنهُم مَن قالَ: ما يدخُلُ تحتَ تقْويمِ المقَوِّمينَ؛ فهُوَ قليلٌ، وما لا يدخُلُ؛ فهُوَ كثيرٌ، والمعْنى في ذلكَ: هوَ إمْكانُ التحرُّزِ، وعدَمُ الإمْكانِ.

---

(١) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١١١].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيّ [ق/٢٦٥].

(٣) دَهْ نِيم: بفَتْح الدال المهملة وسكون الهاء، اسم عشرة بالفارسي، ونِيم: بكَسْر النون وسكون الياء آخر الحروف، وفي آخره ميم، وهو اسم النصف، والمراد هنا: نصف درهم. ينظر: «البناية شرح الهداية» للعَيْني [٢٧٢/٩].

(٤) دَهْ يازْدَهْ: بفَتْح الدال، وسكون الهاء، وهو اسم العشرة بالفارسية، ويازْدَهْ: بالياء آخر الحروف، وسكون الزاي، ودَهْ: مِثْل الأول، وهو اسم أحد عشر بالفارسية. ينظر: المصدر السابق.

(٥) دَهْ دُوَا زْدَهْ: وهذا اسم لاثْنَيْ عشر. ودُوَا زْدَهْ: بضم الدال المهملة، وبالواو وسكون النون بعد الألف، وسكون الزاي، والتقاءُ الساكنَيْن عندهم مغتفر كثير، وبعد الزاي دالٌ مهملة مفتوحة ثم هاء ساكنة. ينظر: نفس المصدر.

....

ومنهُم مَن قالَ: ذلكَ مُفَوَّضٌ إلىٰ رأيِ القاضي.

ومحمّدٌ قَدَّرَ في هذا الكتاب بـ: «دَهْ نِيم»، يعْني: في «الجامع الكبير»(١)، ومشايخُ [١٢/٢٠ظ/د] بلْخ فَصلُوا ذلكَ علىٰ ما قالَ الفقيهُ أبو القاسمِ بنُ شُعَيْبِ بنِ إدْرِيسَ(٢)، حكَىٰ عنهُم: أنّهم قَدَّرُوا اليسيرَ في العَقَار بـ: «دَهْ دُوَازْدَهْ»، وفي الحيوان بـ: «دَهْ يازْدَهْ»، وفي العُرُوضِ بـ: «دَهْ نِيم» ...». إلىٰ هُنا لَفْظُ الشَّيخِ أبي(٣) المُعِينِ ﷺ.

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ المتصرِّفينَ لِلغيرِ منهُم: مَن يُعْفَىٰ عنهُ الغَبْنُ اليَسيرُ في تصرُّفاتِه، بيعًا كانَ أوْ شِرَاءً، ولا يُتحَمَّلُ منهُ الغَبْنُ [٢/٣٠٥ظ] الفاحشُ، وذلِكَ كالأبِ في مالِ الصَّغيرِ، والجَدِّ، والوَصِيِّ، ومُتَوَلِّي الوَقْفِ.

ومنهُم: مَن يُعْفَىٰ في تصرُّفِه الغَبْنُ اليسيرُ إجماعًا، وفي الغَبْنِ الفاحشِ خلافٌ، وذلكَ كالعبدِ المَأْذُونِ، والمُكَاتَبِ، فإنَّ الغَبْنَ اليَسيرَ عفْوٌ [٦/٣٤و/م] [عنهُما](٤) إجماعًا، وكذلكَ الغَبْنُ الفاحشُ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، خلافًا لهما، البَيْعُ والشِّرَاءُ في ذلكَ علىٰ السّواءِ.

ومنهُم: مَن لا يُعْفَىٰ عنهُ الغَبْنُ الفاحشُ في شرائِه إجماعًا، ويُعْفَىٰ عنهُ الغَبْنُ الفاحشُ في بَيْعِه علىٰ الخلافِ، وذلكَ المُضَارِبُ، وشَرِيكُ العِنَانِ، والمُفاوِضِ، والوَكِيلُ بمُطْلَقِ البَيْعِ، فَبَيْعُ هؤلاءِ بغَبْنٍ فاحشٍ جائزٌ عندَ أبي حَنِيفَةَ خلافًا لهما،

(١) لَمْ نظْفَر به في مظانِّه مِن القدْر المطبوع مِن «الجامع الكبير»! والمطبوعُ به سقْطٌ كبير يشْمَل عدّةَ أبوابٍ متناثرة.

(٢) لَمْ نهْتَدِ إلىٰ ترجمته بعد مزيد التتبُّع. فلَمْ يذْكُره عبدُ القادر القُرشيّ، ولا الفيْروزآباديّ، ولا ابنُ قُطْلُوبغا، ولا عبدُ القادر التميميّ، ولا الكفَويّ، ولا اللكنَوِيّ، ولا جماعةٌ غيرهم ممّنْ ألّفوا في طبقات الحنفية.

(٣) وقع بالأصل: «أبو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«ض».

(٤) ما بين المعقوفتين: في «م»: «عندهما».

قال: وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ، فَبَاعَ نِصْفَهُ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ مُطْلَقٌ عَنْ قَيْدِ الِافْتِرَاقِ وَالِاجْتِمَاعِ؛ أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ لَوْ بَاعَ الْكُلَّ بِثَمَنِ النِّصْفِ يَجُوزُ عِنْدَهُ فَإِذَا بَاعَ النِّصْفَ بِهِ أَوْلَىٰ.

غاية البيان

وشِرَاءُ هؤلاءِ بغبْنٍ فاحشٍ لا يَنفُذُ إجماعًا.

ومنهُم: مَن لا يُعْفَىٰ عنه الغَبْنُ وإنْ [١٢/٢١و/د] كان يسيرًا، كَالمريضِ مرَضَ الموتِ عليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، لا يُعْفَىٰ عنهُ اليَسيرُ، ويُعْفَىٰ مِن وصِيِّهِ بعدَ موتِه اليَسيرُ إذا باعَ تركتَه لقضاءِ دُيونِه، وكذا المريضُ لوْ باعَ مِن بعْضِ ورثتِه لا يُعْفَىٰ عنهُ قليلُ المُحاباةِ عندَ مَن يُجَوِّزُ بَيْعَ المريضِ مِن وارثِه، وهو أبو يوسُف ومحمَّدٍ، ويُخَيَّرُ المُشْتَرِي منهُ بيْنَ أنْ يُؤدِّيَ الثَّمَنَ إلىٰ تمامِ القِيمَةِ، وبيْنَ أنْ يفْسَخَ.

وعلىٰ قَولِ أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: لا يجوزُ بَيْعُ المريضِ مِن وارثِه وإنْ كانَ بِأكْثرَ مِن قيمتِه حتَّىٰ يُجِيزَ سائرُ ورثَتِه، وليسَ عليْهِ دَيْنٌ، ولوْ باعَ المُضَارِبُ ممَّنْ لا تَجوزُ شَهَادَتُه لَه؛ لا يُعْفىٰ عنهُ المُحاباةُ اليسيرةُ، ولوْ باعَ الوَصِيُّ منهُم فكذلِكَ. كذا في «تتمة الفتاوىٰ».

قولُه: (وَإِذَا وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدٍ، فَبَاعَ نِصْفَهُ؛ جَازَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ)، وهذِه مِنْ مسائِلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيهِ: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ أمَرَ رَجُلًا أنْ يَبِيعَ عبْدَه هذا، فباعَه نصفَه، قالَ: هوَ جائزٌ، وقالَ [١٢/٢١ظ/د] يعْقوبُ ومحمَّدٌ: لا يَجوزُ إلَّا أنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الآخَرَ.

وقالَ محمَّدٌ: عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ: في رَجُلٍ أمَرَ رَجُلًا أنْ يَشْتَرِيَ لَه هذِه الدَّارَ، فاشْتَرَىٰ نصفَها، قالَ: لا يَجوزُ، وإنِ اشتراها نصفًا نصفًا، أوْ شِقْصًا

(وَقَالَا: لَا يَجُوزُ)؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُتَعَارَفٍ لِمَا فِيهِ مِنْ ضَرَرِ الشَّرِكَةِ (إِلَّا أَنْ يَبِيعَ النِّصْفَ الْآخَرَ قَبْلَ أَنْ يَخْتَصِمَا)؛ لِأَنَّ بَيْعَ النِّصْفِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى

غاية البيان

نِصْفًا حتَّىٰ اشْتراها كلَّها؛ جازَ»[1]. إلىٰ هُنا لَفْظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «ومَن وكَّلَ بِابتياعِ عبْدٍ فابْتاعَ نصفَه، أوْ ما سواهُ مِن أجزائِه؛ لا يلزَمُ الآمِرَ، ولزِمَ الوَكِيلَ، فإنِ ابتاعَ الباقِيَ منهُ قبْلَ الخُصُومَةِ؛ لزِمَ الآمِرَ عندَنا، وعندَ زُفَرَ: يلزمُ الوَكِيلَ دونَ الآمِرِ.

ولوِ اخْتصمَ الوَكِيلُ معَ المُوَكِّلِ إلىٰ القاضي قبْلَ أنْ يَشْتَرِيَ الوَكِيلُ الباقِيَ، وألزَمَ القاضي الوَكِيلَ، ثمَّ إنَّ الوَكِيلَ اشْتَرَىٰ الباقِيَ بعدَ ذلِكَ؛ يلزمُ الوَكِيلَ بالإجْماعِ، وكذلِكَ هذا الحُكْمُ في جَميعِ الأشياءِ الَّتي في تبْعِيضِها مَضَرَّةٌ [٦/٣٤ظ/م]، ويَكونُ التَّشْقِيصُ فيهِ عيبًا، كالعبدِ، والأَمَةِ، والدَّابَّةِ، والثَّوْبِ، وما أشْبَهَ ذلِكَ.

ولوْ وكَّلَه بشراءِ ليسَ في تبْعِيضِه مَضَرَّةٌ، ولا يكونُ التَّبْعِيضُ فيه عيبًا، فاشْتَرَىٰ بعْضَه؛ لزِمَ الآمِرَ، نحوَ أنْ يُوَكِّلَه بشراءِ كُرٍّ مِن حِنْطَةٍ بمئةِ درهمٍ، فاشْتَرَىٰ نِصْفَ الكُرِّ بخمسينَ درهمًا؛ لزِمَ الآمِرَ [١٢/٢٢و/د]، وكذلكَ لوْ وكَّلَه بشراءِ عبدَيْنِ، فاشْتَرَىٰ له أحدَهُما؛ لزِمَ الآمِرَ بالإجْماعِ، وكذلِكَ لوْ وكَّلَه بشراءِ جَماعةٍ مِنَ العَدَدِيِّ، فاشْتَرَىٰ واحدًا منها؛ لزِمَ الآمِرَ.

ولوْ وكَّلَه بِبَيْعِ عبْدِه، فباعَ نِصفَه، أوْ جزءًا معْلومًا؛ جازَ بَيْعُه عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀، سواءٌ باعَ البَاقِيَ منهُ أوْ لَمْ يَبِعْ، وعندَهما: لا يجوزُ بَيْعُ نصفِه إلَّا أنْ يَبِيعَ البَاقِيَ [٢/٣٠٦و]، فحينئذٍ يجوزُ بَيْعُه، فهُما جَعَلاه كالشِّراءِ، وهوَ فَرَّقَ بينَهُما»[2]. إلىٰ هنا لَفْظُ «شرح الطَّحَاوِيِّ».

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٣ - ٣٥٤].

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٦٦].

الإِمْتِثَالِ بِأَنْ لَا يَجِدَ مَنْ يَشْتَرِيهِ جُمْلَةً فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ أَنْ يُفَرِّقَ ، فَإِذَا بَاعَ الْبَاقِيَ قَبْلَ نَقْضِ الْبَيْعِ الْأَوَّلِ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً ، وَإِذَا لَمْ يَبِعْ ظَهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ وَسِيلَةً فَلَا يَجُوزُ ، وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ عِنْدَهُمَا .

غاية البيان

وأصلُ ذلكَ: أنَّ أبا حَنِيفَةَ ﷺ يعْتَبِر العمومَ والإطلاقَ في التَّوْكِيلِ بِالبَيْعِ ، وأمَّا في التَّوْكِيلِ بِالشِّرَاءِ: فَيُعْتَبَرُ المُتَعارَفُ الَّذي لا ضرَرَ فيهِ ولا تُهمةَ ، وعندَهُما: كِلاهُما سواءٌ ، فكما أنَّه لا يَمْلِكُ الشِّرَاءَ بغَبْنٍ فاحشٍ ؛ لأنَّه ضررٌ ، لا يَمْلِكُ البَيْعَ بغَبْنٍ فاحشٍ أيضًا عندَهما ؛ لأنَّه ضررٌ ، وهذا لأنَّ الضَّرَرَ ليسَ بمطلوبٍ بِالعَقْدِ ، بلِ المطْلوبُ هوَ النفْعُ .

فإذا كانَ كذلِكَ: لا يجوزُ لِلوَكِيلِ ببَيْعِ العبدِ أنْ يَبِيعَ نصفَه ؛ لأنَّه ضررٌ ؛ إذْ في التَّفريقِ تعْيِيبٌ ؛ لأنَّه لا يُشْتَرَىٰ متفرِّقًا ، كما يُشْتَرَىٰ جملةً إلا إذا باعَ البَاقِيَ قبْلَ نَقْضِ المُوَكِّلِ البَيْعَ ، فحينئذٍ يجوزُ عندَهُما أيضًا استحسانًا ؛ لأنَّه ربَّما لا يَتَّفِقُ له بَيْعُ الكلِّ جملةً ، فإذا [١٢/٢٢٢ظ/د] باعَ البَاقِيَ ظهَرَ أنَّ بَيْعَ البعضِ وسيلةٌ إلىٰ تحصيلِ مَقْصُودِ الآمِرِ ، فجازَ .

ولأبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ التَّوْكِيلَ بالبَيْعِ وقَعَ مُطلقًا عَن قَيْدِ الجمْعِ والتَّفريقِ ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ لَمْ ينصَّ علىٰ ذلكَ ، فلهذا جَوَّزَ أبو حَنِيفَةَ البَيْعَ بالغبْنِ الفاحشِ عملًا بالإطْلاقِ ؛ فإذا جازَ بَيْعُ الكلِّ بِهذا القَدْرِ مِنَ الثَّمَنِ جازَ بَيْعُ النِّصْفِ بذلِكَ الثَّمَنِ بالطَّرِيقِ الأَوْلَىٰ ؛ لأنَّ إمْساكَ البعضِ معَ بَيْعِ البعْضِ بِهذا الثَّمَنِ أنفَعُ لَه مِن بَيْعِ الكلِّ بذلِكَ الثَّمَنِ .

بِخلافِ الشِّرَاءِ ، حيثُ لا يجوزُ شِرَاءُ النِّصْفِ لِلتُّهمةِ ؛ لأنَّه مُتَّهمٌ ، لأنَّه يُحْتَمَلُ أنَّه اشتراهُ لِنفسِه ؛ لأنَّه يجوزُ أنْ يَشْتَرِيَه لنفسِه أوْ لآمِرِه ، ولهذا لَمْ يَجُزْ شِراؤُه بِالغبْنِ الفاحشِ لِلتُّهمةِ ؛ لأنَّه يُحْتَمَلُ أنَّه رأىٰ فيه الغَبْنَ فألحقَهُ بمُوَكِّلِه .

وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ، فَاشْتَرَىٰ نِصْفَهُ؛ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ، فَإِنْ اشْتَرَىٰ بَاقِيَهُ لَزِمَ الْمُوَكِّلَ؛ لِأَنَّ شِرَاءَ الْبَعْضِ قَدْ يَقَعُ وَسِيلَةً إِلَى الِامْتِثَالِ بِأَنْ كَانَ مَوْرُوثًا بَيْنَ جَمَاعَةٍ فَيَحْتَاجُ إِلَىٰ شِرَائِهِ شِقْصًا شِقْصًا، فَإِذَا اشْتَرَى الْبَاقِيَ قَبْلَ رَدِّ الْآمِرِ الْبَيْعَ تَبَيَّنَ أَنَّهُ وَقَعَ وَسِيلَةً فَيَنْفُذُ عَلَى الْآمِرِ، وَهَذَا بِالِاتِّفَاقِ.

غاية البيان

وفي شِرَاءِ النِّصْفِ تُهمةٌ؛ لأنَّ الشَّرِكَةَ [٦/٣٥و/م] في الأعْيانِ المجتمعةِ عَيْبٌ، والعَيْبُ ضَرَرٌ، فيُحتَمَلُ أنَّه ألحقَه بمُوَكِّلِه اجتنابًا عن ضررِ نفسِه، وليسَ البَيْعُ كذلكَ؛ لأنَّه لا يقَعُ لِلوَكِيلِ بلْ يقَعُ للمُوَكِّلِ، فَلا يكونُ متَّهمًا.

ولأنَّ العبدَ أوِ الدَّارَ قَد يكونُ ميراثًا لجماعةٍ لا يتَّفِقُ شِرَاءُ ذلكَ جُملةً، فإذا اشْتَرَىٰ شِقْصًا شِقْصًا حتَّى اشْتَرَىٰ البَاقِيَ؛ ظهَر أنَّ شِرَاءَ البعْضِ عندَ شِرَاءِ البَاقِي كانَ وسيلةً إلىٰ تَحصيلِ مَقْصُودِ الآمِرِ، فجازَ، فَصارَ كأنَّه اشْتَرَىٰ جملةً [١٢/٢٣و/د] وزالَتِ التُّهمةُ، فكانَ الشِّرَاءُ للآمِرِ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وفي قولِ زُفَر: يَكونُ الشِّرَاءُ لنفسِه في الأحْوالِ كلِّها؛ لأنَّه لَمَّا اشْتَرَىٰ النِّصْفَ فهوَ مُخالِفٌ في الظَّاهِرِ، فَصارَ شراؤُه لنفسِه، فلمَّا اشْتَرَىٰ النِّصْفَ الآخرَ صارَ الشِّرَاءُ لنفسِه أيضًا؛ لأنَّ الشِّرَاءَ لا يتوَقَّفُ، فلَمَّا صارَ الأولُ لَه ظهَرَ أنَّ النِّصْفَ الثَّانيَ لَه أيضًا.

الجوابُ أنْ يُقالَ: إنَّما يَصيرُ الشِّرَاءُ لنَفْسِه للتُّهمةِ، فلَمَّا اشْتَرَىٰ النِّصْفَ الآخرَ ارْتفَعَ التُّهمةُ، فَصارَ بِمنزلةِ الشِّرَاءِ جملةً».

قولُه: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ عَبْدٍ، فَاشْتَرَىٰ نِصْفَهُ؛ فَالشِّرَاءُ مَوْقُوفٌ). يعْني: بالاتِّفاقِ، وقدْ مَرَّ بيانُ المسألةِ.

قالَ القُدُورِيُّ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ«التَّقريب»: «قالَ أبو يوسُفَ: إذا وَكَّلَ رَجُلٌ رَجُلًا أنْ يَشْتَرِيَ لَه عبدًا، فاشْتَرَىٰ نصفَه؛ جازَ عِتْقُ الآمِرِ فيهِ، ولَمْ يَجُزْ عِتْقُ

وَالْفَرْقُ لِأَبِي حَنِيفَةَ ﷺ أَنَّ فِي الشِّرَاءِ تَتَحَقَّقُ التُّهْمَةُ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

وَآخَرُ أَنَّ الأَمْرَ فِي البَيْعِ يُصَادِفُ مِلْكَهُ، فَيَصِحُّ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ، وَالأَمْرُ بِالشِّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الغَيْرِ، فَلَمْ يَصِحَّ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالإِطْلَاقُ.

غاية البيان

الوَكِيلِ، وقالَ محمَّدٌ: يجوزُ عِتْقُ الوَكِيلِ فيهِ دونَ المُوَكِّلِ».

وَجْهُ قولِ أَبي يوسُفَ: أنَّ الوَكِيلَ بِشراءِ شيءٍ بعَيْنِه لا يَمْلِكُ الشِّرَاءَ لنفسِه، فتوَقَّفَ على حُكْمِ مِلْكِ الآمِرِ، فإذا أعتَقَه كانَ إجَازَةً؛ فنَفَذَ عِتْقُه.

ووَجْهُ قولِ محمَّدٍ: أنَّ الوَكِيلَ لَمَّا خالَفَ ما أُمِرَ بِه؛ لزِمَه ذلكَ، وثَبَتَ [١٢/٢٢٣ط/د] العزْلُ مِنْ جهةِ الحُكْمِ، فإذا ملكَ جازَ عِتْقُه.

قولُه: (عَلَىٰ مَا مَرَّ) إشَارَةٌ إلى قولِه قبْلَ عشرينَ خطًّا: (لِأَنَّ التُّهْمَةَ فِيهِ مُتَحَقِّقَةٌ).

قولُه: (وَآخَرُ أَنَّ الأَمْرَ فِي [٢/٣٠٦ط] البَيْعِ يُصَادِفُ مِلْكَهُ، فَيَصِحُّ، فَيُعْتَبَرُ فِيهِ إِطْلَاقُهُ، وَالأَمْرُ بِالشِّرَاءِ صَادَفَ مِلْكَ الغَيْرِ، فَلَمْ يَصِحَّ، فَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ التَّقْيِيدُ وَالإِطْلَاقُ)، أي: دليلٌ آخرُ في الفرْقِ بيْنَ البَيْعِ والشِّرَاءِ.

لأَبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ الأمْرَ في صورةِ التَّوْكِيلِ بالبَيْعِ صادَفَ مِلْكَ الآمِرِ؛ فصحَّ أمْرُه لولايتِه على مِلْكِه، فاعْتُبِرَ إطْلاقُ الآمِرِ، فَجازَ بَيْعُ النِّصْفِ؛ لأنَّ الأمْرَ وقَعَ مُطلقًا عنِ الجمْعِ والتَّفريقِ.

فأمَّا الأمْرُ في صورةِ التَّوْكِيلِ [٦/٣٥ط/م] بالشِّرَاءِ: صادَفَ مِلْكَ الغَيرِ، وهوَ مالُ البائِعِ، فلَمْ يصحَّ الأمرُ مقصودًا لأنَّه لا مِلْكَ للآمِرِ في مالِ الغَيرِ، وإنَّما صحَّ ضَرُورَةَ الحاجةِ إليْهِ، ولا عُمومَ لِمَا ثبتَ ضَرُورَةً، فلَمْ يُعْتَبَرْ إطلاقُه، فلَمْ يَجُزْ شِرَاءُ البعضِ؛ لأنَّ الثَّابتَ بِالضَّرورةِ يتقَدَّرُ بقَدْرِ الضَّرُورَةِ، وذلِكَ يتأدَّىٰ بالمُتعارَفِ، وهوَ شِرَاءُ الكلِّ لا البعضِ؛ لأنَّ الغرضَ المطْلوبَ مِنَ الكُلِّ لا يحْصُلُ بِشراءِ

قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ، فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، أَوْ لَمْ يَقْبِضْ، فَرَدَّهُ الْمُشْتَرِي بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِبَيِّنَةٍ، أَوْ إِقْرَارٍ، أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الْآمِرِ؛ ....

غاية البيان

البعضِ إلَّا إذا اشْتَرَى البَاقِيَ قبلَ أنْ يختصما، فيجوزُ على الآمرِ؛ لأنَّه حصلَ مقصودُه؛ لأنَّه ربَّما يتعذَّرُ عليه تحصيلُه بدفعةٍ، فيشتريه بدفعتينِ.

[١٢/٢٤و/د] فلمَّا اشْتَرَى الكلَّ ظهرَ أنَّه قصدَ امتثالَ الآمرِ، فلمَّا لمْ يفعلْ ظهرَ أنَّه قصدَ الخلافَ، فلَمْ ينفُذْ على الآمرِ.

وَلَا يُقَالُ: أمرُ الآمرِ في صورةِ الشِّراءِ أيضًا صادفَ مِلكَ نفسِه؛ لأنَّ الثَّمنَ مِلكُه.

لِأَنَّا نَقُولُ: الثَّمنُ تابعٌ في بابِ البِياعاتِ، فلمْ يُلتفتْ إليه.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِهِ، فَبَاعَهُ وَقَبَضَ الثَّمَنَ، أَوْ لَمْ يَقْبِضْ، فَرَدَّهُ الْمُشْتَرِي بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ الْقَاضِي بِبَيِّنَةٍ، أَوْ إِقْرَارٍ، أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الْآمِرِ)، أيْ: قالَ محمَّدٌ في «**بيوع الجامع الصغير**».

وصورةُ المسألةِ فيهِ: «محمَّدٌ عن يعقوبَ عن أبي حنيفةَ ﷺ: في الرَّجُلِ يأمُرُ الرَّجُلَ بِبَيْعِ عبدِه، فيبيعُه مِنْ رَجُلٍ، ويدفَعُه إليه، فلا يقبِضُ الثَّمنَ، أوْ يقبِضُه ثمَّ يُريدُ المُشْتَرِي أنْ يَرُدَّه على المَأمُورِ بعيبٍ، فيقدِّمُه إلى القاضي، وهوَ عيبٌ لا يحدُثُ مِثلُه، فيَرُدُّ عليه ببيِّنةٍ، أوْ بإباءِ يمينٍ، أوْ بإقرارٍ مِنَ المأمورِ بالعيبِ. قالَ: للمأمورِ أنْ يَرُدَّه على الآمرِ، وإنْ كانَ عيبٌ يحدُثُ مِثلُه، فردَّه عليه بإباءِ يمينٍ، أوْ بإقرارٍ مِنَ المأمورِ بالعيبِ، أوْ بيِّنةٍ قامتْ بأنَّه باعَه وبه هذا العيبُ [١٢/٢٤ظ/د]، ردَّه المأمورُ على الآمرِ، وإنْ كانَ ذلكَ بإقرارٍ مِنَ المأمورِ بالعيبِ لَمْ يَرُدَّه على الآمرِ»(١). إلى هُنا لفظُ محمَّدٍ في «**أصل الجامع الصغير**».

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٤].

. . . .

وأَصلُ ذلِكَ: أنَّ الوَكِيلَ بِالبَيْعِ والشِّرَاءِ يَرْجِعُ إليْه حُقُوقُ العَقْدِ، ومِن جُملةِ الحُقُوقِ: الرَّدُّ بِالعَيْبِ، فيُرَدُّ عليْه، ولكِن إذا رُدَّ عليْهِ هلْ يكونُ ذلكَ ردًّا على المُوَكِّلِ أمْ لا؟ فإنْ كانَ العَيْبُ لا يحْدُثُ مِثْلُه، كَالإِصْبَعِ الزَّائدةِ، والسِّنِّ الشَّاغِيَةِ، أوْ لا يحْدُثُ مِثْلُه في مِثْلِ هذِه المُدَّةِ؛ ردَّه القاضي بلا بَيِّنَةٍ [٦/٣٦و/م]، ولا إقْرارٍ، ولا يَمِينٍ؛ لِعِلْمِ القاضي يَقينًا بكونِه عندَ البَائِعِ، فيكونُ ذلكَ ردًّا على المُوَكِّلِ، ولا يحتاجُ الوَكِيلُ في الرَّدِّ إلى خُصُومَةٍ.

وإنَّما شرَطَ محمدٌ في «**الجامع الصغير**»: البَيِّنَةَ، أو الإباءَ، أو الإِقْرَارَ؛ لاشتباهِ الأمْرِ إلى القاضي بأنَّ العَيْبَ قَديمٌ أمْ لا، أوْ يعْلَمُ القاضي يقينًا أنَّ مِثْلَ هذا العَيْبِ لا يحْدُثُ في مُدَّةِ شهرٍ مَثلًا، ولكنَّه لا يعْلَمُ تاريخَ البَيْعِ[١] مَتى كانَ، فيحتاجُ المُشْتَرِي إلى واحدةٍ مِن هذِه الحُجَجِ على أنَّ تاريخَ البَيْعِ منذُ شهرٍ حتَّى يظْهَرَ عندَ القاضي أنَّ هذا العَيْبَ كانَ في يدِ البَائِعِ، فيَرُدُّ المَبيعَ عليْه.

وبعضُ مَشايخِنا ذكَروا [١٢/٢٥و/د] **تأويلًا آخرَ لِنكُولِ البَائِعِ** [٢/٣٠٧و]: وهوَ أنْ يكونَ عَيبًا في الباطِنِ، لا يحْدُثُ مِثْلُه، لكِن إنَّما يَطَّلِعُ عليْه النساءُ، كالقَرْنِ[٢] في الفرْجِ ونحوِه، فالقاضي يُرِي النساءَ، فإنْ شَهِدْنَ بذلِكَ؛ فلا يَثْبُتُ الرَّدُّ بشهادتهنَّ، لكن يَثْبُتُ حقُّ الخُصُومَةِ للمُشْتَرِي في توجيهِ اليَمِينِ على البَائِعِ، فيُحَلِّفُه القاضي، ويَرُدُّ عليْه بنكولِه، فيكونُ ذلِكَ رَدًّا على المُوَكِّلِ أيضًا مِن غيرِ خُصُومَةٍ.

فأَمَّا إذا عايَنَ القاضي تاريخَ البَيْعِ والعَيْبُ ظاهرٌ لا يحتاجُ في الرَّدِّ إلى شيءٍ مِن هذِه الحُجَجِ، فيكونُ ذلكَ رَدًّا على المُوَكِّلِ بِلا خُصُومَةٍ، وإنْ كانَ عيبًا يُحْتَمَلُ

---

(١) في «غ»: «تاريخ العيب».

(٢) القَرْنُ ـ بفتح القاف وسكون الراء ـ: هو عَظْمٌ أوْ غُدَّة مانعة مِن ولُوج الذَّكَر. وقد تقدم التعريف بذلك.

. . . .

الحدوثُ في هذِه المُدَّةِ بعدَ البَيْعِ؛ فالقاضي لا يَرُدُّه إلا بحُجَّةٍ، إمَّا بِبَيِّنَةٍ، أوْ بِنُكُولِ البائعِ[1]، أوْ بإقْرارِه بأنَّ هذا العَيْبَ كانَ في يدِه قبْلَ التَّسْليمِ إلى المُشْتَرِي.

فإذا قضَى القاضي بالرَّدِّ على الوَكِيلِ بواحدةٍ مِن هذه الحُجَجِ، هَل يكونُ ذلكَ ردًّا[2] على المُوَكِّلِ حتَّى لا يحتاجُ الوَكِيلُ إلى الخُصُومَةِ معَ المُوَكِّلِ، فإنْ رُدَّ بالبَيِّنَةِ؛ فهوَ لازمٌ للمُوَكِّلِ؛ لأنَّ [١٢/٢٥ظ/د] البَيِّنَةَ حُجَّةٌ في حقِّ النَّاسِ كافَّةً.

وكذلِكَ إذا رُدَّ عليْه بالنُّكُولِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ مُضطرٌّ في النُّكُولِ؛ لأنَّه لَمْ يباشِرْ أحوالَ العبدِ، والمُوَكِّلُ هو الَّذي أوقَعَه في هذِه الوَرْطةِ، فكانَ الخلاصُ عليْه، فكانَ الرَّدُّ على الوَكِيلِ ردًّا على المُوَكِّلِ.

وإنْ رُدَّ بالإقْرارِ؛ لزمَ المَأْمُورَ، لكنْ لَه أنْ يخاصِمَ المُوَكِّلَ، فيُلْزِمُه بِبَيِّنَةٍ، أوْ نُكُولٍ؛ لأنَّ الرَّدَّ لَمَّا كانَ بالقضاءِ لَمْ يُجْعَلِ ابتداءَ عَقْدٍ لفقْدِ الرِّضا، بَل جُعِلَ فسْخًا، ولكنَّه بدليلٍ قاصِرٍ، وهوَ إقْرارُ الوَكِيلِ بقيامِ العَيْبِ عندَ المُوَكِّلِ، فمِنْ حيثُ إنَّه فَسْخٌ كانَ للوَكِيلِ حقُّ المُخَاصمةِ، ومِن حيثُ إنَّه [٦/٣٦ظ/م] يَثْبُتُ بدليلٍ قاصِرٍ؛ لَمْ يَثْبُتِ الرَّدُّ على المُوَكِّلِ إلَّا بحُجةٍ.

فأمَّا إذا كانَ الرَّدُّ بمجرَّدِ إقْرارِ الوَكِيلِ بِلا قَضاءٍ؛ لَمْ يكُنْ لَه أنْ يخاصِمَ المُوَكِّلَ؛ لأنَّه فَسْخٌ بالتَّراضِي، فكانَ لَه حُكْمُ عَقْدٍ جديدٍ في حقِّ غيرِهما، فبَطَلَ حقُّ الخُصُومَةِ، هذا في عَيْبٍ يحْدُثُ مِثْلُه.

أمَّا إذا كانَ عَيبًا لا يحْدُثُ مِثْلُه، والرَّدُّ بغيرِ قَضاءِ قاضٍ: قالوا في **«شروح الجامع الصغير»** [١٢/٢٦و/د]: فقَدْ ذكرَ في عامَّةِ رِواياتِ **«المبسوط»**[3]: أنَّه يلزمُ الوَكِيلَ،

---

(١) وقع بالأصل: «بنكول البيع». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) وقع بالأصل: «ذلك رد». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٨٥/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

لأن القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا إِلَىٰ هَٰذِهِ الحُجَجِ.

وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا فِي: «الكِتَابِ» أَنَّ القَاضِيَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ فِي

غاية البيان

ولا يخاصِمُ المُوَكِّلَ، وذكرَ في كتابِ البيوعِ مِن «الأصل»[1]: أنّه يلزمُ المُوَكِّلَ مِن غيرِ خُصُومَةٍ؛ لأنَّ الخصمَيْنِ فعَلَا عيْنَ ما يفعلُه القاضي؛ لأنَّ الرَّدَّ حَقٌّ مُتَعَيِّنٌ في هذا، فإذا تعيَّنَ الحقُّ؛ صارَ تَسليمُ الخَصْمِ وتسليمُ القاضي سواءً، كتَسليمِ الشُّفْعَةِ، وقَضاءِ الدَّيْنِ، والرُّجُوعِ في الهِبَةِ.

وَجْهُ عامَّةِ الرِّواياتِ: أنَّ هذا رَدٌّ ثَبَتَ بالتَّراضِي، فصارَ كَالبَيْعِ الجَدِيدِ، فلَمْ يلزمِ المُوَكِّلَ، ولَا نُسَلِّمُ أنَّهما فعَلا عيْنَ ما يفعلُ القاضي؛ لأنَّ الرَّدَّ ليسَ بِمُتَعَيِّنٍ؛ لأنَّ الحقَّ في مطالبةِ التَّسليمِ، ثمَّ في الرَّدِّ عندَ العَجزِ عَن ذلِكَ، ثمَّ في الرُّجُوعِ بحِصَّةِ العَيْبِ عندَ العَجزِ عنِ الرَّدِّ، فلَمْ يكُنِ الرَّدُّ مُتَعَيِّنًا، وفيما ذكرَ مِنَ المسائلِ: الحقُّ مُتَعَيِّنٌ لا يحتَمِلُ التحوُّلَ إلى غيرِه، ففسَدَ القياسُ؛ لعدَمِ الجامعِ.

قولُه: (فَرَدَّهُ المُشْتَرِي عَلَيْهِ بِعَيْبٍ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِقَضَاءِ القَاضِي بِبَيِّنَةٍ، أَوْ بِإِقْرَارٍ، أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ؛ فَإِنَّهُ يَرُدُّهُ عَلَى الآمِرِ).

[١٢/٢٢٦ظ/د] **فَإِنْ قُلْتَ:** إذا كانَ الوَكِيلُ مقِرًّا بِالعَيْبِ يُرَدُّ عليهِ، فلا حاجةَ إلى قضاءِ القاضي، فما فائدةُ ذِكْرِه؟

قُلْتُ: الكلامُ وقَعَ في الرَّدِّ على المُوَكِّلِ، فإذا كانَ الرَّدُّ على الوَكيلِ بإقْرارِه بِلا قَضاءٍ لا يَرُدُّه على المُوَكِّلِ وإنْ كانَ عَيبًا لا يحْدُثُ مِثْلُه في عامَّةِ رِواياتِ «المبسوط»، فظهرَتِ الفائدةُ إذَنْ، فافهَمْه واغتَنِمْه.

قولُه: (إِلَىٰ هَٰذِهِ الحُجَجِ)، إشَارَةٌ إلى البَيِّنَةِ، والإقْرارِ، وإباءِ اليَمِينِ.

قولُه: (وَتَأْوِيلُ اشْتِرَاطِهَا [٢/٣٠٧ظ/م] فِي «الكِتَابِ»)، أي: اشتراطِ الحُجَجِ

(١) المصدر السابق [٢/٥١٤].

مُدَّةَ شَهْرٍ [٦٣/ظ] لَكِنَّهُ اشْتَبَهَ عَلَيْهِ تَارِيخُ الْبَيْعِ فَيَحْتَاجُ إِلَى هَذِهِ الْحُجَجِ لِظُهُورِ التَّارِيخِ، أَوْ كَانَ عَيْبًا لَا يَعْرِفُهُ إِلَّا النِّسَاءُ أَوِ الْأَطِبَّاءُ، وَقَوْلُهُنَّ وَقَوْلُ الطَّبِيبِ حُجَّةٌ فِي تَوَجُّهِ الْخُصُومَةِ لَا فِي الرَّدِّ فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا لِلرَّدِّ، حَتَّى لَوْ كَانَ الْقَاضِي عَايَنَ الْبَيْعَ وَالْعَيْبُ ظَاهِرٌ لَا يَحْتَاجُ إِلَى شَيْءٍ مِنْهَا وَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْمُوَكِّلِ فَلَا يَحْتَاجُ الْوَكِيلُ إِلَى رَدٍّ وَخُصُومَةٍ.

قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ رَدَّهُ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِإِبَاءِ يَمِينٍ)؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ حُجَّةٌ مُطْلَقَةٌ، وَالْوَكِيلُ مُضْطَرٌّ فِي النُّكُولِ لِبُعْدِ الْعَيْبِ عَنْ عِلْمِهِ بِاعْتِبَارِ عَدَمِ مُمَارَسَتِهِ الْمَبِيعَ فَلَزِمَ الْآمِرَ.

قَالَ (فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بِإِقْرَارِهِ لَزِمَ الْمَأْمُورَ)؛ لِأَنَّ الْإِقْرَارَ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ وَهُوَ غَيْرُ مُضْطَرٍّ إِلَيْهِ لِإِمْكَانِهِ السُّكُوتُ وَالنُّكُولُ، إِلَّا أَنَّ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ الْمُوَكِّلَ فَيُلْزِمَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِنُكُولِهِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، وَالْعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ، حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ؛ لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ وَالْبَائِعُ

غاية البيان

المذكورةِ في «**الجامع الصغير**»، وقدْ مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (فَيَفْتَقِرُ إِلَيْهَا لِلرَّدِّ)، أيْ: يفتقِرُ الْمُشْتَرِي إلى الحُجَّةِ، وهيَ نُكولُ البائعِ عنِ اليَمينِ مثلًا لردِّ المَبيعِ، وقدْ مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه: (إِلَى شَيْءٍ مِنْهَا)، أي: مِن الحُجَجِ، وهيَ البَيِّنَةُ، أو الإقرارُ، أو إباءُ اليَمينِ.

قولُه: (لِإِمْكَانِهِ السُّكُوتُ وَالنُّكُولُ)، برَفْعِ السكوتِ والنُّكولِ، أيْ: لأنَّه يُمكِنُه السكوتُ [٦/٣٧و/م] والنُّكولُ.

قولُه: (بِخِلَافِ مَا إِذَا كَانَ الرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ، وَالْعَيْبُ يَحْدُثُ مِثْلُهُ، حَيْثُ لَا يَكُونُ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ بَائِعَهُ).

ثَالِثُهُمَا، وَالرَّدُّ بِالْقَضَاءِ فَسْخٌ لِعُمُومِ وِلَايَةِ الْقَاضِي، غَيْرَ أَنَّ الْحُجَّةَ قَاصِرَةٌ وَهِيَ الْإِقْرَارُ، فَمِنْ حَيْثُ الْفَسْخُ كَانَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَهُ، وَمِنْ حَيْثُ الْقُصُورُ لَا يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ إِلَّا بِحُجَّةٍ، وَلَوْ كَانَ الْعَيْبُ لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ وَالرَّدُّ بِغَيْرِ قَضَاءٍ بِإِقْرَارِهِ يَلْزَمُ الْمُوَكِّلَ مِنْ غَيْرِ خُصُومَ فِي رِوَايَةٍ؛ لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيِّنٌ وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُخَاصِمَ لِمَا ذَكَرْنَا وَالحَقُّ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ ثُمَّ يَنْتَقِلُ إِلَى الرَّدِّ ثُمَّ إِلَى الرُّجُوعِ بِالنُّقْصَانِ فَلَمْ يَتَعَيَّنْ الرَّدُّ، وَقَدْ بَيَّنَّاهُ فِي الْكِفَايَةِ بِأَطْوَلَ مِنْ هَذَا.

قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَمَرْتُكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ، فَبِعْتَه بِنَسِيئَةٍ، وَقَالَ الْمَأْمُورُ: أَمَرْتَنِي بِبَيْعِهِ، وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ؛ لِأَنَّ الْآمِرَ يُسْتَفَادُ

غاية البيان

وكانَ ينبَغي أنْ يقولَ: أنْ يُخَاصِمَ مُوَكِّلَه، أوْ يقولَ: آمِرَه، وكانَ يَنبَغي أيضًا أنْ يقولَ ـ مكانَ قولِه: (وَالبَائِعُ ثَالِثُهُمَا) ـ: والمُوَكِّلُ ثالثُهما، والآمِرُ ثالثُهما؛ لأنَّ الكلامَ في مُخاصمةِ الوَكِيلِ معَ المُوَكِّلِ، وهوَ ليسَ ببائعٍ.

قولُه: (فِي رِوَايَةٍ)، أرادَ بِها روايةَ كتاب البيوع مِن «الأصل».

قولُه: (وَفِي عَامَّةِ الرِّوَايَاتِ)، أيْ: مِنَ «المبسوط».

قولُه [١٢/٢٧و/د]: (لِمَا ذَكَرْنَا) إِشَارَةٌ إلى قولِه: (لِأَنَّهُ بَيْعٌ جَدِيدٌ فِي حَقِّ ثَالِثٍ).

قولُه: (وَالحَقُّ فِي وَصْفِ السَّلَامَةِ)... إلى آخِرِه، جوابٌ لقولِه: (لِأَنَّ الرَّدَّ مُتَعَيِّنٌ)، وبيانُ ذلكَ قرَّرْناهُ آنفًا.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ قَالَ لِآخَرَ: أَمَرْتُكَ بِبَيْعِ عَبْدِي بِنَقْدٍ، فَبِعْتَه بِنَسِيئَةٍ، وَقَالَ الْمَأْمُورُ: أَمَرْتَنِي بِبَيْعِهِ، وَلَمْ تَقُلْ شَيْئًا؛ فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ)، أيْ: قالَ في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﵁ في رَجُلٍ قالَ لآخَرَ:

مِنْ جِهَتِهِ ....

غاية البيان

امرتُكَ أنْ تَبيعَ عبْدي بالنَّقدِ، فَبِعْتَه بِالنَّسيئةِ. فقالَ المَأمُورُ: بلْ أمَرتَنِي أنْ تَبيعَه، ولَمْ تَقُلْ شيئًا. قالَ: القولُ قولُ المَوْلَىٰ».

وقالَ أيضًا: «عَن يَعقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ: في رَجُلٍ دفَعَ إلىٰ رَجُلٍ مالًا مُضارَبَةً، فاختلَفا، فقالَ ربُّ المالِ: أمَرتُكَ أنْ تَبيعَ بالنَّقدِ دونَ ما سِواهُ. وقالَ المُضَارِبُ: أَعْطيتَنِي المالَ مُضَارَبَةً ولَمْ تَقُلْ شيئًا. قالَ: القولُ قولُ المُضارِبِ الَّذي أخَذَ المالَ»[1]. إلىٰ هُنا لفظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

وقالَ في «الأصلِ»: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِبَيْعِ عبْدٍ لَه، فقالَ الآمِرُ: أمرتُكَ بألفٍ، وقدْ باعَه [١٢/٢٧ظ/د] الوكيلُ بخمسِ مئَةٍ، فإنَّ البَيْعَ بَاطِلٌ لا يجوزُ، والقولُ قولُ الآمِرِ معَ يَمينِه، وكذلِكَ لوْ باعَه بِدنانيرَ، وقالَ الآمِرُ: أمرتُكَ بدراهمَ، أوْ بحنطةٍ، أوْ شَعِيرٍ؛ فالقولُ في ذلِكَ قولُ الآمِرِ معَ يَمينِه، ولا يجوزُ البَيْعُ، فإنْ باعَه بنسيئةٍ سَنَةٍ، فقالَ الآمِرُ: أمرتُكَ بالحالِّ؛ فالقولُ قولُ الآمِرِ، والبَيْعُ مرْدودٌ، وكذلِكَ هذِه المسألةُ في النِّكَاحِ، والخُلْعِ، والمُكاتَبةِ، والإجَارَةِ، والعِتْقِ علىٰ مالٍ»[2]. إلىٰ هُنا لَفْظُ محمَّدٍ في «الأصل».

وإنَّما كانَ القولُ قولَ المُوَكِّلِ؛ لأنَّ الإذنَ يُستفادُ مِن جِهتِه، فكانَ القولُ قولَه [٦/٢٣٧ظ/م] في كيفيَّتِه.

تحقيقُه: أنَّ الأمرَ قَد يقَعُ مُطلقًا، وقدْ يقَعُ مُقَيَّدًا، ولَمْ يُوجدْ دليلٌ علىٰ أحدِ الوَجهَيْنِ، فكانَ القولُ قولَ المُوَكّلِ؛ لأنَّه يدَّعِي الخصوصَ، والأصلُ في الوَكَالَة الخصوصُ، ولهذا لوْ قالَ: وكَّلْتُكَ في مالٍ؛ يَصيرُ وَكِيلًا في الحِفْظِ؛ لأنَّه الأدنَىٰ، وليسَ لَه أنْ يتصَرَّفَ فيهِ.

---

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٩ ـ ٤١٠].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٧٤/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

وَلَا دَلَالَةَ عَلَىٰ الإِطْلَاقِ.

قَالَ وَإِنْ اخْتَلَفَ فِي ذَلِكَ الْمُضَارِبُ وَرَبُّ الْمَالِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُضَارِبِ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ فِي الْمُضَارَبَةِ الْعُمُومُ، أَلَا تَرَىٰ أَنَّهُ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ بِذِكْرِ لَفْظِ الْمُضَارَبَةِ فَقَامَتْ دَلَالَةُ الْإِطْلَاقِ، بِخِلَافِ مَا إِذَا ادَّعَىٰ رَبُّ الْمَالِ الْمُضَارَبَةَ فِي نَوْعٍ وَالْمُضَارِبُ فِي نَوْعٍ آخَرَ حَيْثُ يَكُونُ الْقَوْلُ لِرَبِّ الْمَالِ؛ لِأَنَّهُ سَقَطَ الْإِطْلَاقُ بِتَصَادُقِهِمَا فَنَزَلَ إِلَىٰ الْوَكَالَةِ الْمَحْضَةِ.

غاية البيان

وهذا بِخلافِ ما إذا اختلَفَ ربُّ المالِ معَ المُضَارِبِ؛ كانَ القولُ قولَ المُضَارِبِ، وفي قولِ زُفَرَ: القولُ قولُ ربِّ المالِ، وهوَ القِياسُ [١٢/٢٨و/د]؛ لأنَّ الأمرَ مُستفادٌ مِن جهةِ ربِّ المالِ، فَصارَ كما في الوَكَالَةِ.

قالَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وعلماؤُنا استحْسَنوا في المُضَارَبَةِ؛ لأنَّ المُضَارَبَةَ بناؤُها على العمومِ، وقدْ تصادَقَا على المُضَارَبَةِ، ثمَّ ربُّ المالِ ادَّعَىٰ زيادةَ شرْطٍ، والمُضَارِبُ مُنْكِرٌ، فالقولُ قولُه، وليسَ كَالوَكِيلِ؛ لأنَّ [٢/٣٠٨و] الوَكَالةَ عَقْدٌ خاصٌّ، والمُضَارَبَةُ تَقتضِي العمومَ، فربُّ المالِ إذا أقرَّ بِالمُضَارَبَةِ؛ فقدْ أقرَّ أنَّ المُضارِبَ يَمْلِكُ عُمومَ التَّصَرُّفَ؛ لأنَّ المُضارِبَ لَه أنْ يُوَكِّلَ، ويسْتَأجِرَ، ويُبْضِعَ، فإذا أمرَ بأمرٍ عامٍّ، ثمَّ ادَّعَىٰ معنَىٰ الخصوصِ؛ لا يُصَدَّقُ عَلىٰ ذلِكَ.

ولوْ كانَ ربُّ المالِ يدَّعِي المُضَارَبَةَ في نوعٍ مُسَمًّىٰ، والمُضَارِبُ يدَّعِيها في نوعٍ آخَرَ؛ كانَ القولُ قولَ ربِّ المالِ؛ لأنَّ العُمومَ والإطلاقَ سقَطَ باتِّفاقِهما في نوعٍ، فصارَ نظيرَ الوَكَالَةِ».

قولُه: (وَلَا دَلَالَةَ عَلَىٰ الإِطْلَاقِ)، أيْ: لا دلالةَ علىٰ إطلاقِ الأمْرِ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ قدْ يقَعُ مُطلقًا عَن قيْدِ النَّقْدِ والنَّسِيئَةِ، وقدْ يكونُ مقيَّدًا [١٢/٢٨ظ/د] بأحدِهما،

ثُمَّ مُطْلَقُ الأَمْرِ بِالبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا أَوْ نَسِيئَةً إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ. وَعِنْدَهُمَا: يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ وَالْوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ.

قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدٍ، [٦٤/و] فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا، فَضَاعَ فِي يَدِهِ، أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا، فَتَوِيَ المَالُ عَلَيْهِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ

غاية البيان

فلو دلَّ الدَّليلُ علىٰ الإطلاقِ؛ كانَ القولُ قولَ مَن يدَّعِي النَّسيئَةَ، فلمَّا لَمْ يُوجَدِ الدَّليلُ؛ كانَ القولُ قولَ المُوَكِّلِ؛ لأنَّ الإذنَ يُستفادُ مِن جهتِه.

قولُه: (ثُمَّ مُطْلَقُ الأَمْرِ بِالبَيْعِ يَنْتَظِمُهُ نَقْدًا أَوْ نَسِيئَةً إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ.

وَعِنْدَهُمَا: يَتَقَيَّدُ بِأَجَلٍ مُتَعَارَفٍ)[1]، وكانَ الأنسبُ أنْ يذكرَ مسألةَ النَّسيئَةِ في أوائلِ الفصلِ عندَ قولِه: (وَالوَكِيلُ بِالبَيْعِ يَجُوزُ بَيْعُهُ بِالقَلِيلِ وَالكَثِيرِ)، وإلىٰ ذلكَ الموضعِ أشارَ بقولِه: (وَالوَجْهُ قَدْ تَقَدَّمَ)، أي: الوجهُ مِن الجانبَيْنِ قد تقدَّمَ ثَمَّةَ؛ لأنَّ أبا حَنيفَةَ ﷺ عمِلَ بإطلاقِ الأمرِ، وهُما بالمتعارَفِ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ أَمَرَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدٍ، فَبَاعَهُ وَأَخَذَ بِالثَّمَنِ رَهْنًا، فَضَاعَ فِي يَدِهِ، أَوْ أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا، فَتَوِيَ المَالُ عَلَيْهِ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ)، أيْ: قالَ في «الجامع الصغير».

وصورةُ المسألةِ فيه: «قالَ يعقوبُ [٦/٣٨و/م] ومحمَّدٌ: إذا أمَرَ رَجُلٌ رَجُلًا أنْ يَبيعَ لَه عبدًا، فباعَه، ثمَّ أخذَ بالثَّمَنِ رهنًا، فضاعَ في يدِه، وأخذَ بِه كَفيلًا؛ فهُوَ جائزٌ، ولا ضَمَانَ عليْه»[2]. إلىٰ هُنا لَفْظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

قالَ [١٢/٢٩و/د] الفَقيهُ أبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصغير»: «وليسَ في المسألةِ اختلافٌ إلَّا أنَّه رُوِيَ عَن أبي يوسُفَ ومحمَّدٍ، ولَمْ يُرْوَ عَن أبي حَنيفَةَ وذلِكَ لأنَّ

(١) ينظر: «المبسوط» [١٢/٢١٣]، «البناية شرح الهداية» [٩/٢٧٩]، «لسان الحكام» [ص/٢٥٤].
(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٢].

أَصِيلٌ فِي الْحُقُوقِ ....

غاية البيان

اسْتِيفَاءَ الثَّمَنِ مِن حُقُوقِ العَقْدِ، وهيَ راجعةٌ إلىٰ الوَكِيلِ، وفي الكفالةِ والرَّهْنِ توكيلُ[١] الِاسْتِيفَاءِ فملَكَهُما[٢] الوَكِيلُ، فصارَ هلاكُ الرَّهْنِ في يدِ الوَكِيلِ كهلاكِه في يدِ المُوَكِّلِ، فلَمْ يضْمَنْ، كما إذا هلَكَ الثَّمَنُ في يدِ الوَكِيلِ.

بخِلافِ الوَكِيلِ بقَبْضِ الدَّيْنِ فإنَّه لا يَمْلِكُ أخْذَ الكَفِيلِ والرَّهْنِ، والفرْقُ: أنَّ الوَكِيلَ بِالبَيْعِ أصيلٌ في حقِّ الحُقُوقِ، ولهذا لوْ حجرَه المُوَكِّلُ عَن قبْضِ الثَّمَنِ لَمْ يَجُزْ حَجْرُه، والوَكِيلُ بقَبْضِ الدَّيْن يفْعلُ ما يفْعلُه نيابةً لا أصالةً، ولهذا إذا نَهاهُ المُوَكِّلُ عَن قَبْضِه جازَ، والمُوَكِّلُ جعَلَه نائبًا في قبْضِ الدَّيْنِ لا في أخْذِ الكَفِيلِ والرَّهْنِ، فظهرَ الفرْقُ.

قيلَ: المرادُ مِن الكَفَالَةِ في قولِه: (**أَخَذَ بِهِ كَفِيلًا**) هو الحَوَالَة؛ لأنَّ التَّوَىٰ لا يتَحَقَّقُ في الكَفَالَةِ، وقيلَ: بلِ الكَفَالَةُ علىٰ حقيقتِها، فإنَّ التَّوَىٰ يتَحَقَّقُ فيها؛ بأنْ ماتَ الكَفِيلُ والمكفولُ عنهُ مُفْلسًا.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ أبو الحسَنِ عَلِيُّ بنُ محمَّدٍ الأَسْبيجَابِيُّ [١٢/٢٩ظ/د] في شَرْحِه لـ«**مختصر الكافي**» للحاكِمِ الشَّهيد ـ في أوَّلِ بابِ الوكالة في الرَّهْن ـ: «وإذا دفَعَ الرجلُ إلىٰ الرجُلِ مَتاعًا فقالَ: بِعْه وارْتَهِنْ لي بِه رهنًا، ففعَلَ فهُو جائزٌ؛ لأنَّه أتىٰ بما أمَرَه بِه، ولوْ فعَلَه بنفسِه جازَ، فكذا إذا فعَلَه نائبُه، فإنْ كانَ الرَّاهِنُ[٣] أقلَّ مِنَ الثَّمَنِ بما لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ فيهِ؛ فهُوَ جائزٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، ولَمْ يذْكرْ قولَهما.

---

(١) أشار في حاشية: «ض» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «توكيد الِاسْتِيفَاء»، بدل: «توكيل الِاسْتِيفَاء».

(٢) أشار في حاشية: «ض» إلىٰ أنه وقَع في بعض النُّسَخ: «فملكها»، بدل: «فملكهما». وهو الموافق لِمَا وقَع في: «تح».

(٣) في «د»: الرهن.

وَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهَا وَالْكَفَالَةُ تُوثَقُ بِهِ، وَالِارْتِهَانُ وَثِيقَةٌ لِجَانِبِ الِاسْتِيفَاءِ فَيَمْلِكُهُمَا بِخِلَافِ الْوَكِيلِ بِقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ نِيَابَةً وَقَدْ أَنَابَهُ فِي قَبْضِ الدَّيْنِ دُونَ الْكَفَالَةِ وَأَخْذِ الرَّهْنِ وَالْوَكِيلُ بِالْبَيْعِ يَقْبِضُ أَصَالَةً وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الْمُوَكِّلُ حَجْرَهُ عنه، والله أعلم.

غاية البيان

ويحتملُ ألَّا يجوزَ على قولِهما؛ بناءً على أنَّ أخذَ الرَّهنِ يُشبِهُ البَيْعَ [٢/٣٠٨ظ]؛ لأنَّ قبضَ الرَّهْنِ قبضُ ضَمَانٍ، ويصيرُ مُستبدلًا مُستوفيًا في العاقبةِ، والوَكِيلُ بالبَيْعِ عندَهُما: لا يَمْلِكُ البَيْعَ بالغَبْنِ الفاحشِ، وعندَ أبي حَنِيفَةَ: يَمْلِكُ.

ولوْ باعَه ولَمْ يرْتَهِنْ لَمْ يَجُزِ [٦/٣٨ظ/م] البَيْعُ؛ لأنَّه أمَرَه بالبَيْعِ بثَمَنٍ مُؤَكَّدٍ بالرَّهنِ، فإذا باعَه بثَمَنٍ غيرِ مُؤَكَّدٍ يَصيرُ مُخالفًا، ولوْ قالَ: بِعْه برهْنٍ ثقةٍ، فارْتَهَنَ رهنًا أقلَّ منهُ بِما يَتَغَابَنُ النَّاسُ فيهِ؛ فهوَ جائزٌ؛ لأنَّه يحْصُلُ التَّوثُّقُ بِه؛ لأنَّه مماثِلٌ لِلدَّيْنِ أوْ مُقارِبٌ لَه، فَصَلُحَ وثيقةً لَه؛ لأنَّ الوثيقةَ: ما يُفْضِي إلى الحقيقةِ.

وإنْ كانَ أقلَّ منهُ بما لا يَتَغَابَنُ النَّاسُ [١٢/٣٠و/د] فيهِ لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ تَوثيقَ الكثيرِ بحَبْسِ القليلِ ممَّا لا يُعْقَلُ؛ لأنَّه لا يُفْضِي إلى اسْتيفائِه، وإنِ ارتَهَنَ رهنًا ثقةً، وقَبَضَه، ثمَّ رَدَّه على صاحبِه؛ فهوَ ضامنٌ؛ لأنَّه تعَلَّقَ بهِ حقُّ الآمرِ؛ لأنَّ فائدةَ التوثُّقِ مَرْجِعُه إليْهِ، فيكونُ الوَكِيلُ بِالرَّدِّ مُبْطِلًا لَه، فيَضْمَنُ». وإنَّما كتَبْنَا هذه المسائلَ تكثيرًا للفوائِدِ.

قولُه: (فَتَوِيَ المَالُ عَلَيْهِ)، أيْ: على الكَفِيلِ.

قولُه: (وَقَبْضُ الثَّمَنِ مِنْهَا)، أيْ: مِنَ الحُقُوقِ.

قولُه: (لَا يَمْلِكُ المُوَكِّلُ حَجْرَهُ[1])، أي: حَجْرَ الوَكِيلِ عَن قبضِ الثَّمَنِ.

(١) في «د»: حجره عنه.

فَصْلٌ

وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ وَهَذَا فِي تَصَرُّفٍ يَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى الرَّأْيِ كَالْبَيْعِ وَالْخُلْعِ وَغَيْرِ ذَلِكَ، لِأَنَّ الْمُوَكِّلَ

غاية البيان

فَصْلٌ

إنَّما فصَلَ هذا الفصلَ عمَّا تقدَّمَ وإنْ كانَ الفصلُ المتقدِّمُ فصْلَ البَيْعِ أيضًا، لأنَّ هذا الفصلَ في وَكَالَةِ الاثنيْنِ، ووكالةُ الواحدِ مقدَّمٌ عليْه لا محالةَ، ولكِن معَ هذا لَمْ يكُن لذِكْرِ الفصلِ كثيرُ حاجةٍ إلَّا أنْ يُقالَ: يُفْهَمُ هُنا شيءٌ آخرُ غير الوَكَالَةِ بِالبَيْعِ، وهوَ الوَكَالَة بِالخلعِ، والطَّلَاقِ، والتَّزوِيجِ، والكِتَابَةِ، والإِعْتَاقِ، والإِجَارَةِ، وهذا حَسَنٌ.

قولُه [١٢/٣٠ظ/د]: (**وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ دُونَ الآخَرِ**)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»، وتمامُه فيه: «إلَّا أنْ يُوَكِّلَهُما بالخُصُومَةِ، أوْ بطلاقِ زوْجتِه بغيرِ عِوَضٍ، أوْ بعِتْقِ عبْدِه بغيرِ عِوَضٍ، أوْ بردِّ وَدِيعَةٍ عندَه، أوْ بقضاءِ دَيْنٍ عليْه»(١).

والأصلُ هُنا: ما ذكرَه الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ في «شرْح الجامع الكبير» ـ في كتاب الطَّلَاق ـ: «أنَّ الوكيليْنِ بالتَّصرُّفِ إذا انفردَ أحدُهُما بِه يُنْظَرُ: إنْ كانَ تصرُّفًا يُخافُ فيهِ الغَبْنُ، ويحتاجُ فيهِ إلى التَّرَوِّي ليَحْصُلَ الاحترازُ عنِ الغَبْنِ؛ لا يجوزُ تصَرُّفُ المنفردِ بِه؛ لأنَّ المُوَكِّلَ في مِثْلِ هذا التصَرُّفِ لا يرضَى إلَّا بمجموعِ رأيِهما، فكانَ غيرَ مُفَوَّضٍ ذلكَ إلى كُلِّ واحدٍ منهُما على الاستِبْدادِ.

وإنْ كانَ لا يُخافُ فيهِ الغَبْنُ: يَنْفُذُ تصَرُّفُ [٦/٣٩و/م] كُلِّ واحدٍ منهُما لِمَا لا

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٦].

رَضِيَ بِرَأْيِهِمَا لَا بِرَأْيِ أَحَدِهِمَا، وَالْبَدَلُ وَإِنْ كَانَ مُقَدَّرًا وَلَكِنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي.

غاية البيان

حاجةَ في تحصيلِه إلىٰ اجتماعِ الرَّأْيِ والتَّعاونِ في التأمُّلِ ليظْهَرَ ما عسىٰ أنْ يتَمكَّنَ فيه مِنَ الغَبْنِ، فيكونُ [١٢/٣١و/د] المُوكِّلُ راضيًا بتصرُّفِ كُلِّ واحدٍ منهُما على الاستبدادِ».

وقالَ محمَّدٌ في «الجامع الصَّغير»: «عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ رضي الله عنه في الرجُلِ يأمُرُ الرَّجلَيْنِ يَبِيعانِ لَه هذا العبدَ بألفِ درهمٍ، فيَبِيعُه أحدُهما بذلِكَ. قالَ: لا يجوزُ، وكذلِكَ إنْ أمَرَ رجلَيْنِ يخْلَعانِ امْرأتَه منهُ بألفِ درهمٍ، فخَلَعَ أحدُهما؛ لَمْ يَجُزْ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

وقالَ في «الأصل»: «وإذا وَكَّلَ الرجلُ الرَّجلَيْنِ بِبَيْعِ عبْدٍ لَه، أوْ دارٍ، أوْ دَابَّةٍ، أوْ شيءٍ مِنَ الأشياءِ، فباعَ أحدُهما دونَ صاحبِه؛ فإنَّ ذلِكَ لا يَجوزُ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُف ومحمَّدٍ رحمهم الله مِن قِبَلِ أنَّه لَمْ يَرْضَ برأيِ البائِعِ منهُما في الوَكَالَةِ وحْدَه، ولوْ كانَ سمَّىٰ لهما ثمَنًا، فباعَ أحدُهما بِه؛ لَمْ يَجُزْ، وإنْ باعَا جميعًا بذلِكَ الثَّمنِ فهُوَ جائزٌ.

وإنْ لَمْ يُسَمِّ لها ثمنًا، فباعَا جميعًا بثَمَنٍ نسيئةً: فإنَّ أَبا حَنِيفَةَ كانَ يَقولُ: هُو جائزٌ وإنْ باعا بدرهمٍ شيئًا يُساوِي ألفًا.

وقالَ [٢/٣٠٩و] أبو يوسُف [١٢/٣١ظ/د] ومحمَّدٌ: إذا حَطَّا مِنَ الثَّمَنِ ما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ في مِثْلِه لَمْ يَجُزْ.

وقالَ أبو حَنِيفَةَ: إنْ وكَّلَهُما أنْ يَشْتَرِيَا لَه شيئًا، فزادَا علىٰ ثمنِه ما لا يَتَغابَنُ النَّاسُ في مِثْلِه؛ فإنَّه لا يلزمُه، وقالَ: البَيْعُ والشِّرَاءُ في ذلِكَ مختلفٌ في قولِ أبي حَنِيفَةَ.

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٢].

قَالَ (إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالْخُصُومَةِ) لِأَنَّ الِاجْتِمَاعَ فِيهَا مُتَعَذِّرٌ لِلْإِفْضَاءِ إِلَىٰ

وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: هُما سواءٌ لا يجوزُ علىٰ الآمِرِ إلَّا ما يَتَغَابَنُ النَّاسُ في مِثْلِه.

وإذا وَكَّلَ الرجلُ الرجُلَيْنِ أنْ يُزَوِّجاهُ امرأةً بعَيْنِها أوْ بغيرِ عَيْنِها، فزوَّجَه أحدُهما دونَ صاحِبِه؛ فإنَّ ذلكَ لا يَجوزُ، فإنْ كانَ صاحبُه حاضرًا وأجازَ ورَضِيَ فهُوَ جائزٌ.

ولوْ وَكَّلَهُما بخَلْعِ امرأةٍ لَه، أوْ مُكاتَبَةِ عبدٍ لَه، أوْ بعِتْقِ عبدٍ لَه علىٰ مالٍ، فأمضَىٰ أحدُهما ذلِكَ دونَ الآخَرِ؛ فإنَّ ذلكَ بَاطِلٌ لا يجوزُ ولا يَنْفُذُ، ولوْ كانَ سَمَّىٰ لهما مالًا فأمضَىٰ أحدُهما بذلِكَ المالِ؛ لَمْ يَجُزْ، وإنْ أمْضَيَاهُ بذلِكَ المالِ جازَ، وإنْ لَمْ يُسَمِّ لهما مالًا فطَلَّقَا جَميعًا علىٰ درهمٍ، أوْ كاتَبَاهُ علىٰ درهمٍ، أوْ أعتَقَاهُ علىٰ درهمٍ؛ فإنَّه يجوزُ في قولِ أَبِي حَنِيفَةَ [١٢/٣٢و/د] بمنزلةِ البَيْعِ، ولا [٦/٣٩ظ/م] يجوزُ في قولِ أَبي يوسُفَ ومحمَّدٍ»[١]. إلىٰ هُنا لفْظُ محمَّدٍ في «الأصل».

وقالَ الشَّيخُ أبو جعْفرٍ الطَّحَاوِيُّ في «مختصره»: «وإذا وَكَّلَ الرجُلُ رجُلَيْنِ بِبَيْعِ عبدٍ، أوْ بابتِياعِه، أوْ بتزْوِيجِ امْرأةٍ، أو بخَلْعِ امْرأتِه منهُ علىٰ مالٍ، أوْ بعِتْقِ عبْدِه علىٰ مالٍ، أوْ بمُكاتَبتِه، ففعلَ ذلِكَ أحدُهُما دونَ الآخَرِ؛ لَمْ يَجُزْ إلَّا أنْ يُجيزَه الآخرُ فيَجُوزُ، وإنْ وَكَّلَهما بعِتْقِ عبْدِه بغيرِ مالٍ، أوْ بطلاقِ امرأتِه بغيرِ مالٍ، ففعَلَ ذلِكَ أحدُهما دونَ الآخَرِ؛ جازَ»[٢]. إلىٰ هُنا لفْظُ الطَّحَاوِيِّ ﷺ.

قالَ الإمامُ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «الأصلُ في هذا: أنَّ الوكيلَيْنِ بالمُبادلةِ إذا فعلَ أحدُهما المُبَادَلَةَ دونَ صاحبِه لَمْ يَجُزْ، ولا يَنْفُذُ حتىٰ يُجيزَه الوَكِيلُ الآخَرُ أوِ المُوَكِّلُ، ولا يجوزُ فعْلُ أحدِهما؛ لأنَّ المُبَادَلَةَ تتعَلَّقُ بالرَّأيِ والمَشُورةِ، وقَد رَضِيَ برأيِهما ومَشُورتِهما، ولَمْ يَرْضَ برأيِ أحدِهما، سواءٌ كانَ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٦٦/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١١٢].

الثَّمَنِ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ وَالرَّأْيُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ سَابِقًا لِتَقْوِيمِ الْخُصُومَةِ.

غاية البيان

الثمنُ [١٢/٣٢ظ/د] مُسَمًّى أوْ لَمْ يكُنْ مُسَمًّى، والوَكِيلُ الآخَرُ حاضرٌ أوْ غائبٌ، إلَّا أنَّ في الشِّرَاءِ يَنْفُذُ عليْه ولا يتوقَّفُ؛ لأنَّ الشِّرَاءَ إذا وجَدَ نفاذًا على العَاقِدِ فإنَّه يَنْفُذُ ولا يتوقَّفُ، بخلافِ البَيْعِ، فإنَّه يتوقَّفُ علىٰ إجازَةِ المُوَكِّلِ أوِ الوَكِيلِ، وكذلِكَ الوكيلانِ بالتَّزْويجِ، والخُلْعِ، والكِتَابَةِ علىٰ مالٍ إذا فعلَه أحدُهُما لا يجوزُ حتَّىٰ يُجيزَه المُوَكِّلُ أوِ الوَكِيلُ الآخَرُ.

وأمَّا الوكيلانِ بالعتقِ علىٰ غيرِ مالٍ، والوكيلانِ بالطَّلاقِ علىٰ غيرِ مالٍ: فلأحدِهما أنْ يُعْتِقَ، ويُطَلِّقَ، وكذلكَ الوَكيلانِ بالخُصُومَةِ لأحدِهِما أنْ يُخَاصِمَ إلَّا أنَّه إذا انتهىٰ إلىٰ قبْضِ المالِ؛ لا يجوزُ قبْضُ أحدِهِما حتَّىٰ يجتمِعَا؛ لأنَّ الخُصُومَةَ ممَّا لا يَتَأتَّىٰ فيها اثنانِ بالاجتِماعِ، والقَبْضُ مما يَتَأتَّىٰ فيه الاجتِماعُ.

وكذلِكَ لوْ وَكَّلَ اثنينِ بتسليمِ ما وهبَ إلىٰ الموْهوبِ لَه، فسَلَّمَ أحدهُما؛ صحَّتِ الهِبَةُ، وكذلِكَ لوْ وَكَّلَ اثنينِ بِقضاءِ الدَّيْنِ وسلَّمَ المالَ إليهِما، فقضاهُ أحدُهما جازَ.

وأمَّا الوصِيَّانِ: فليسَ لأحدِهِما التصَرُّفُ إلَّا بإذْنِ صاحبِه [١٢/٣٣و/د] عندَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ ﷺ كالوكِيلَيْنِ بالبَيْعِ، إلَّا في أشياءَ معْروفةٍ نَذْكُرُها في الوصايا.

وعندَ أبي يوسُف: لكلِّ واحدٍ منهُما ولايةُ التصَرُّفِ علىٰ حِدَةٍ، ولوْ دفَعَ مالَه إلىٰ اثنينِ مُضَارَبَةً فليسَ لأحدِهما التصرُّفُ إلَّا بإذْنِ صاحبِه بالاتِّفاقِ»[1]. كذا في «**شرح الطَّحَاوِيِّ**».

[٦/٤٠و/م] **وقالَ في «شرح الأقطع»**: «فأمَّا التَّوْكِيلُ بالخُصُومَةِ: فلأحدِهِما أنْ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٦٧].

(قَالَ: أَوْ بِطَلَاقِ زَوْجَتِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بِغَيْرِ عِوَضٍ ....

غاية البيان

ينفردَ بِها. وقالَ زُفَرُ: لا يجوزُ»(١).

وَجْهُ قولِهِمْ [٣٠٩/٢ظ]: أنَّ الخُصُومَةَ منهُما لا يُمْكِنُ في حالةٍ واحدةٍ، ألا ترىٰ أنَّ القاضيَ لا يفْهَمُ عنهُما إذا تكلَّما معًا، وإذا لَمْ يُمْكِنْ علِمَ أنَّ المُوَكِّلَ جعَلَ ذلك إلىٰ كلِّ واحدٍ منهُما، فيجوزُ أنْ ينفردَ.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ: أنَّ الخُصُومَةَ تَحتاجُ إلىٰ الرأْيِ، وهوَ لَمْ يَرْضَ برأْيِ أحدِهِما؛ لأنَّ رأيَ الاثنينِ يُخالِفُ رأيَ الواحدِ، فلِهذا لَمْ يَجُزْ لواحدٍ منهُما أنْ ينفردَ، كما في الوَكَالَةِ بِالشِّرَاءِ.

وقالَ فخرُ الدّينِ قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «لا ينفرِدُ أحدُ الوكيلَيْنِ إلَّا في أربعةٍ:

[١٢/٣٣ظ/د] إذا وَكَّلَهُما بِالطَّلاقِ.

والثاني: إذا وَكَّلَهُما بِالعتاقِ.

والثالثُ: إذا وَكَّلَهُما بردِّ وَدِيعَةٍ، أوْ عَارِيَّةٍ، أوْ غَصْبٍ، أوْ دَيْنٍ عليْه لرَجُلٍ.

والرابعُ: إذا وَكَّلَهُما بالخُصُومَةِ؛ لأنَّ في الثَّلاثةِ لا يحتاجُ إلىٰ الرَّأْيِ، وأمَّا في الخُصُومَةِ فقدْ ذَكَرْنا فيها المعْنىٰ».

وذكَرَ في «الجامع»: «لوْ قالَ لرجلَيْنِ: طَلِّقا امْرأتي إنْ شِئْتُما أوْ أردتُّما، فطَلَّقَها أحدُهما؛ لَمْ يقَعْ؛ لأنَّه عَلَّقَ الطَّلَاقَ بمَشِيئتِهما، فلا ينزلُ عندَ مَشِيئَةِ أحدِهما(٢).

وكذلكَ لوْ قالَ: أمْرُها بأَيْديكُما؛ لأنَّه جعلَ الرَّأْيَ إليهِما، وكذلِكَ لوْ قالَ: أمْرُ

---

(١) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٦٧].

(٢) هذه من مسائل «الأصل» للشيباني [١١/٤١٨].

أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ عِنْدَهُ أَوْ قَضَاءِ دَيْنٍ عَلَيْهِ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَشْيَاءَ لَا يُحْتَاجُ فِيهَا إِلَى الرَّأْيِ بَلْ هُوَ تَعْبِيرٌ مَحْضٌ، وَعِبَارَةُ الْمَثْنَى وَالْوَاحِدِ سَوَاءٌ.

وهذا بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ لَهُمَا طَلِّقَاهَا إِنْ شِئْتُمَا أَوْ قَالَ أَمْرُهَا بِأَيْدِيكُمَا لِأَنَّهُ تَفْوِيضٌ إِلَى رَأْيِهِمَا؛ أَلَا تَرَى أَنَّهُ تَمْلِيكٌ مُقْتَصِرٌ عَلَى الْمَجْلِسِ، وَلِأَنَّهُ عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا.

قَالَ: وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ لِأَنَّهُ فُوِّضَ إِلَيْهِ التَّصَرُّفُ دُونَ

غاية البيان

امرأتي بأيديكُما، وطلَّقَها أحدُهما؛ لا يقعُ؛ لأنَّه جعلَ الرأيَ إليهما لا إلى أحدِهما».

قولُه: (فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَا بِهِ).

قالوا: هذا إذا وَكَّلَهُما بكلامٍ واحدٍ دفعةً واحدةً بأنْ قالَ: وكَّلْتُكما بِبَيْعِ عبْدي هذا، أوْ بخَلْعِ امْرأتي، أمَّا إذا وَكَّلَهُما بكلامَيْنِ كانَ لكُلِّ واحدٍ منهُما أنْ يتصرَّفَ، لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهُما مُسَلَّطٌ على البَيْعِ والخُلْعِ بانفرادِه.

قولُه: (أَوْ بِرَدِّ وَدِيعَةٍ)، قَيَّدَ بردِّها؛ لأنَّه إذا وَكَّلَ الاثنيْنِ بقَبْضِ الوَدِيعَةِ ليسَ لواحدٍ منهُما أنْ ينفردَ به.

قولُه: (عَلَّقَ الطَّلَاقَ بِفِعْلِهِمَا فَاعْتَبَرَهُ بِدُخُولِهِمَا)، أي [١٢/٣٤و/د]: اعْتَبَرَ تعليقَ الطَّلَاقِ بفِعْلِ الرَّجُلَيْنِ بتعْليقِ الطَّلَاقِ بِدُخولِ الرَّجليْنِ.

يعْني: يُشْتَرطُ ثَمَّةَ لوُقوعِ الطَّلَاقِ دخولُهما جَميعًا، حتَّى لوْ قالَ: إنْ دخلْتُما الدَّارَ فهِيَ طالقٌ؛ لا تطلُقُ ما لَمْ يُوجَدِ الدُّخولُ منهُما جميعًا، فكذا هُنا في قولِه: «طلِّقاها إنْ شِئْتُما» لا يقعُ [٦/٤٠ظ/م] الطَّلَاقُ ما لَمْ يُوجَدْ فعْلُ التَّطْليقِ منهُما جَميعًا.

قولُه: (قَالَ: وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في

التَّوْكِيلِ بِهِ، وَهَذَا لِأَنَّهُ رَضِيَ بِرَأْيِهِ وَالنَّاسُ مُتَفَاوِتُونَ فِي الْآرَاءِ.

قَالَ (إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْمُوَكِّلُ) لِوُجُودِ الرِّضَا (أَوْ يَقُولَ لَهُ اعْمَلْ بِرَأْيِك) لِإِطْلَاقِ التَّفْوِيضِ إِلَىٰ رَأْيِهِ، وَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الْوَجْهِ يَكُونُ الثَّانِي وَكِيلًا عَنْ الْمُوَكِّلِ حَتَّىٰ لَا يَمْلِكَ الْأَوَّلُ عَزْلَهُ وَلَا يَنْعَزِلُ بِمَوْتِهِ وَيَنْعَزِلَانِ بِمَوْتِ الْأَوَّلِ، وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ الْقَاضِي.

غاية البيان

«مختصره» وتمامُه فيهِ: «إلَّا أنْ يأذَنَ له المُوَكِّلُ في ذلِكَ، أوْ يقولُ لَه: اعمَلْ برأْيِك»[1].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرْحِ الكافي» - في أوائلِ كتابِ الوَكَالَةِ -: «وليسَ للوَكيلِ أنْ يُوَكِّلَ غيرَه؛ لأنَّه رَضِيَ برأْيِه، والناسُ يتفاوَتونَ في الرَّأْيِ، فَلا يكونُ راضيًا برأْيِ غيرِه، إلَّا إذا قالَ لَه: ما صنعْتَ في ذلِكَ مِن شيءٍ فهُوَ جائزٌ؛ لأنَّه جعلَه وَكِيلًا عامًّا، فيمْلِكُ التَّوْكِيلَ؛ لأنَّه بإذْنِه».

قالَ صاحبُ «الهداية»: (فَإِذَا جَازَ فِي هَذَا الوَجْهِ) [١٢/٣٤ظ/د]، أيْ: إذا جازَ تَوْكِيلُ الوَكِيلِ غيرَه فيما إذا أذِنَ لَه المُوَكِّلُ في التَّوْكِيلِ، أوْ قالَ لَه: اعمَلْ برأْيِكَ؛ يكونُ الثّاني وَكِيلًا عنِ المُوَكِّلِ لا عنِ الوَكِيلِ الأوَّلِ.

وفائدتُه: أنَّ الوَكِيلَ الأوَّلَ لا يَمْلِكُ عزْلَ الوَكِيلِ الثّاني، ولا ينعزلُ الوَكِيلُ الثّاني بموتِ الوَكِيلِ الأوَّلِ، ولكِن ينعَزِلانِ جَميعًا بموْتِ المُوَكِّلِ.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ نَظِيرُهُ فِي أَدَبِ القَاضِي)، وهوَ ما ذكَرَهُ في أوَّلِ فصْل قبل [باب][2] التَّحكيم بقولِه: (وَلَيْسَ لِلقَاضِي أَنْ يَسْتَخْلِفَ عَلَىٰ القَضَاءِ إِلَّا أَنْ يُفَوَّضَ إِلَيْهِ ذَلِكَ)، إلىٰ أنْ قالَ: (وَلَوْ قَضَىٰ الثَّانِي بِمَحْضَرٍ مِنَ الأَوَّلِ، أَوْ قَضَىٰ الثَّانِي

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٦].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُوَكِّلِهِ، فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ

فَأَجَازَهُ الأَوَّلُ؛ جَازَ كَمَا فِي الوَكَالَةِ).

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ وَكَّلَ بِغَيْرِ إِذْنِ مُوَكِّلِهِ، فَعَقَدَ وَكِيلُهُ بِحَضْرَتِهِ جَازَ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، يعْني: عَقَدَ وَكِيلُ الوَكِيلِ بحَضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ.

قالَ محمَّدٌ في «الجامع الصغير»: «عَن يعْقوبَ عَن أَبي حَنِيفَةَ ﷺ [٢/٣١٠و] في رَجُلٍ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عبدٍ، فأمَرَ الوَكِيلُ رجُلًا بِبَيْعِه قالَ: إنْ باعَه والوَكِيلُ الأوَّلُ حاضرٌ جازَ ذلكَ، وإنْ باعَه وهوَ غائبٌ عنه لَمْ يَجُزْ».

وقالَ محمَّدٌ: «عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ: في رَجُلٍ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عبْدٍ، فباعَه رَجُلٌ غيرُ الوَكِيلِ [١٢/٣٥و/د]، فبلَغَ الوَكِيلَ، فسَلَّمَ البَيْعَ، قالَ: جائزٌ»[2]. إلى هُنا لَفْظُ محمدٍ في «أصل الجامع الصغير».

وقالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «وليسَ للوَكِيلِ أنْ يُوَكِّلَ غيرَه بما وُكِّلَ بِه[3] إلَّا أنْ يُطْلِقَ لَه الَّذي وكَّلَه، أوْ يُجِيزَ أمْرَه فيما وَكَّلَ بِه، فيكونُ لَه ذلِكَ؛ لأنَّ بناءَ الوَكَالَةِ على الخصوصِ [٦/٤١و/م]، فليسَ لَه أنْ يُفَوِّضَ إلى غيرِه إلَّا أنْ يأذَنَ لَه المُوَكِّلُ بذلِكَ، أوْ يقولَ لَه وَقْتَ التَّوْكِيلِ: ما صنعْتَ مِن شَيءٍ فهُو جائزٌ، فحينَئذٍ يجوزُ.

ولوْ وَكَّلَ رَجُلًا ببَيْعِ عبدٍ ولَمْ يُجِزْ لَه ما صنَعَ، ولا أَذِنَ لَه في ذلِكَ، فوَكَّلَ الوَكِيلُ غيرَه ببَيْعِ ذلِكَ، فباعَه الوَكِيلُ الثَّاني، فإنَّه يُنْظَرُ: إنْ باعَه بحَضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ جازَ البَيْعُ، وصارَ كأنَّ الوَكِيلَ الأوَّلَ هوَ الَّذي باعَه، ولوْ باعَه بغيرِ حضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ لَمْ يَجُزْ بَيْعُه حتَّى يُجِيزَه الوَكِيلُ الأوَّلُ، أوِ المُوَكِّلُ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٦].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١١].

(٣) وقع بالأصل: «وكله به». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

حُضُورُ رَأْيِ الْأَوَّلِ وَقَدْ حَضَرَ، ....

غاية البيان

وقالَ زُفَرُ: لا يَجوزُ بَيْعُ الوَكِيلِ الثّاني سواءٌ كانَ بحَضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ، أوْ بغيرِ حَضْرتِه.

وقالَ ابنُ أبي لَيْلَىٰ: يجوزُ بَيْعُ الوَكِيلِ الثّاني بحَضْرةِ الوكيلِ الأوَّلِ وبِغيرِ حَضْرتِه، وأمَّا الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذا وَكَّلَ غيرَه فاشْتَرَىٰ الثّاني؛ فهُو علىٰ الخلافِ»[1].

إلىٰ هنا لَفْظُ «شرح الطَّحَاوِيّ».

وَجْهُ قولِ ابنِ أبي [١٢/٣٥ظ/د] لَيْلَىٰ: أنَّ الوَكِيلَ قائمٌ مقامَ المُوَكِّلِ، والمُوَكِّلُ لوْ وَكَّلَ غيرَه جازَ، فكذا وكيلُه؛ لأنَّه لَمَّا ملَكَ أنْ يُبَاشِرَ بنفسِه ملَكَ أنْ يُوَكِّلَ غيرَه، ولهذا كانَ للمُودَعِ عندَه أنْ يُودِعَ غيرَه، فصارَ كالعبدِ المَأْذُونِ والمُضَارِبِ، فإنَّهما يَمْلِكانِ التَّوْكِيلَ.

وَلنا: أنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ برأْيِ الأوَّلِ دونَ الثّاني، فَلا يَنْفُذُ بَيْعُ الثّاني عليْهِ، بِخلافِ مَسألَةِ الإذْنِ، فإنَّ مَبْناها علىٰ العُمومِ، بِخلافِ الوَكَالَةِ.

وَجْهُ قولِ زُفَر: أنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بِبَيْعِ الأوَّلِ ولُزومِ العُهدةِ علىٰ الأوَّلِ، ولَمْ يَرْضَ بِلزومِ العُهدةِ عَلىٰ غَيرِه، فلوْ جازَ بَيْعُ الثّاني كانتِ العهدةُ عليْهِ، والمُوَكِّلُ ما رَضِيَ بِه.

وَلنا: أنَّ المَقْصُودَ الانتفاعُ برأْيِ الأوَّلِ، فإذا حضرَ حَصَلَ ذلِكَ، فجازَ، وإلَّا فَلا، ولزومُ العهدةِ ليسَ بأمْرٍ مَقْصُودٍ؛ لأنَّه قدْ يظْهَرُ وقدْ لا يظْهَرُ، وإنَّما المَقْصُودُ وقوعُ المِلْكِ وحصولُ الثَّمَنِ، ولوْ باعَه الوَكِيلُ الثّاني حالَ غَيْبَةِ الأوَّلِ، فَبلَغَه فأجازَ، أوْ باعَه أجنبيٌّ فبلَغَه فأجازَ؛ جازَ؛ لأنَّه حَصَلَ رأيُه.

وقالَ فخرُ الإسْلامِ في «شرح الجامع الصغير»: «وزادَ في كتابِ الوَكَالَةِ: إذا

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٦٥].

نَقَدَ الثَّمَنَ لِلوَكِيلِ الثَّانِي صَحَّ وإنْ [١٢/٣٦ظ/د] لَمْ يَكُنْ بِحَضْرَتِهِ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وُجِدَ

قالَ في «الفتاوى الصغرى»[1]: «طلَبْتُ هذه الرِّوايةَ في كتابِ الوَكالةِ وقْتَ زمانِنا [٦/٤١ظ/م] فلَمْ أجِدْهُ فيها، لكنْ ذكرَه البقَّاليُّ[2] أيضًا، وقد وجدتُه في كتابِ الرَّهْنِ».

ونقلَ في «الفتاوى الصغرى» عَن «وَكالةِ شيخِ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه»: «أنَّ الوَكِيلَ بالبَيعِ أوِ الإجارَةِ إذا وَكَّلَ غيرَه، فباعَ الثَّاني أو آجرَ، والأوَّلُ حاضِرٌ أو غائبٌ، فأجازَ الوَكيلُ الأولُ ذلكَ؛ جازَ». فقدْ شرَطَ الإجازَةَ مِن الوَكيلِ الأوَّلِ للجوازِ، وإنْ حَصَلَ البَيْعُ أوِ الإجارَةُ مِنَ الثَّاني بحضْرةِ الأوَّلِ.

وذكرَ بعْدَ هذا: أنَّه إذا باعَ الثَّاني بحضْرةِ الأوَّلِ يجوزُ، ولَمْ يشْتَرِطِ الإجازَةَ، وهوَ المذْكورُ في «الجامع الصغير». ذكرَ هاتيْنِ الرِّوايتَيْنِ في بابِ الوَكالَةِ بالقيامِ علَى الدَّارِ مِن «المبسوط» لشيخِ الإسلامِ خُوَاهَر زَادَه.

ثمَّ قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَر زَادَه: «حُكِيَ عنِ الكَرْخِيِّ أنَّه كانَ يَقولُ: ليسَ في المسألةِ اختلافُ الرِّوايتَيْنِ، لكِن ما ذكرَ مُطلقًا في بعضِ المواضعِ محمولٌ [٢/٣١٠ظ] علىٰ ما إذا أجازَ الوَكِيلُ الأوَّلُ ذلِكَ [١٢/٣٦ظ/د]، وإلىٰ هذا ذهبَ عامَّةُ مشايخِنا»[3].

ووَجْهُ ذلِكَ: أنَّ تَوْكِيلَ الوَكِيلِ لَمَّا لَمْ يصحَّ التحَقَ بالعدمِ، فيكونُ الثَّاني فُضُولِيًّا، وعَقْدُ الفُضُولِيِّ لا يَتِمُّ بمجرَّدِ حَضرةِ المُجِيزِ ما لَمْ يُجِزْ، ومنهُم مَن جعَلَ في المسألةِ رِوايتَيْنِ: في روايةٍ يُشْترطُ الإجازَةُ كما ذَكَرْنا، وفي روايةٍ: يكْفِي حضورُ الأوَّلِ، كما ذكرَ في «الجامع الصَّغير».

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٢].

(٢) البقَّاليُّ: هو عُمَرُ بن موسىٰ بن يوسف. (توفي سنة: ٤٥٢هـ). وقد تقدَّمَتْ ترجمتُه.

(٣) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٢].

وَتكلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ، (وَإِنْ عَقَدَ فِي حَالِ غَيْبَتِهِ لَمْ يَجُزْ) لِأَنَّهُ فَاتَ رَأْيُهُ إِلَّا أَنْ يُبْلِغَهُ فأجازه.

وَكَذَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الوَكِيلِ، فَبَلَغَهُ، فَأَجَازَهُ؛ لِأَنَّهُ حَضَرَ رَأْيُهُ (وَلَوْ قَدَّرَ الْأَوَّلُ الثَّمَنَ لِلثَّانِي فَعَقَدَ بِغَيْبَتِهِ يَجُوزُ) لِأَنَّ الرَّأْيَ فِيهِ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِتَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَاهِرًا وَقَدْ حَصَلَ، وَهَذَا بِخِلَافِ مَا [٦٤/ط] إِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ وَقَدَّرَ الثَّمَنَ، لِأَنَّهُ لَمَّا فَوَّضَ إِلَيْهِمَا مَعَ تَقْدِيرِ الثَّمَنِ ظَهَرَ أَنَّ غَرَضَهُ اجْتِمَاعُ رَأْيِهِمَا فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي عَلَى مَا بَيَّنَّا، أَمَّا إِذَا لَمْ يُقَدِّرْ الثَّمَنَ وَفَوَّضَ إِلَى الْأَوَّلِ كَانَ غَرَضُهُ رَأْيَهُ

غاية البيان

قالَ شيخُ الإسْلامِ خُوَاهَر زَادَه: «وعَلىٰ هذا أحدُ وكِيلَي البَيْعِ أوِ الإجَارَةِ إذا أمرَ صاحبَه فباعَ بِحَضْرَتِه أوْ آجَرَ؛ جازَ في روايةٍ، ولا يجوزُ في روايةٍ ما لَمْ يُجِزِ الآمِرُ الثاني أوِ المالِكُ». كذا في «التتمّة» و«الفتاوىٰ الصّغرىٰ»[1].

قولُه: (وَتكلَّمُوا فِي حُقُوقِهِ). يعْني: إذا عَقَدَ الوَكِيلُ الثّاني بحَضْرةِ الوَكِيلِ الأوَّلِ جازَ، لكِن في حُقُوقِ العَقْدِ كلامٌ.

قالَ بعضُهم: يَرْجِعُ إلىٰ الأوَّلِ؛ لأنَّ المُوَكِّلَ رَضِيَ بلزوم العُهدةِ علىٰ الأوَّلِ دونَ الثّاني[2]. كذا نقَلَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» عَن «فتاوىٰ البَقّالِيِّ».

وقالَ بعضُهم: يَرْجِعُ إلىٰ الثّاني؛ لأنَّ العَقْدَ ـ وهوَ السَّبَبُ ـ وُجِدَ مِنَ الثّاني، وإليْهِ ذهبَ أبو اللّيثِ في حِيَلِ «العيون»[3].

[١٢/٣٧ر/د] قولُه: (وَكَذَا لَوْ بَاعَ غَيْرُ الوَكِيلِ، فَبَلَغَهُ، فَأَجَازَهُ)، يعْني: إذا باعَ الأجنبيُّ فأجازَه الوَكِيلُ بعد بُلُوغِ الخبرِ جازَ.

قولُه: (عَلَىٰ مَا بَيَّنَّا)، إشَارَةٌ إلىٰ قولِه في المسألةِ المتقدِّمة: (وَالبَدَلُ وَإِنْ كَانَ

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٢].
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٦٢].
(٣) ينظر: «عُيُون المسائل» لأبي الليث السمرقنديّ [ص/٤٤٦].

قال: وَإِذَا زَوَّجَ الْمُكَاتَبُ أَوِ الذِّمِّيُّ أَوِ العَبْدُ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ، أَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ لَهَا؛ لَمْ يَجُزْ مَعْنَاهُ التَّصَرُّفُ فِي مَالِهَا لِأَنَّ الرِّقَّ وَالْكُفْرَ يَقْطَعَانِ الْوِلَايَةَ؛ أَلَا يَرَىٰ أَنَّ الْمَرْقُوقَ لَا يَمْلِكُ إِنْكَاحَ نَفْسِهِ فَكَيْفَ يَمْلِكُ إِنْكَاحَ غَيْرِهِ، وَكَذَا الْكَافِرُ لَا وِلَايَةَ لَهُ عَلَىٰ الْمُسْلِمِ حَتَّىٰ لَا تُقْبَلَ شَهَادَتُهُ عَلَيْهِ، وَلِأَنَّ هَذِهِ وِلَايَةٌ نَظَرِيَّةٌ فَلَا بُدَّ مِنَ التَّفْوِيضِ إِلَىٰ الْقَادِرِ الْمُشْفِقِ لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَىٰ النَّظَرِ، وَالرِّقُّ يُزِيلُ الْقُدْرَةَ وَالْكُفْرُ يَقْطَعُ الشَّفَقَةَ عَلَىٰ الْمُسْلِمِ فَلَا تُفَوَّضُ إِلَيْهِمَا.

غاية البيان

مُقَدَّرًا، وَلَكِنَّ التَّقْدِيرَ لَا يَمْنَعُ اسْتِعْمَالَ الرَّأْيِ [٦/٤٢٠/م] فِي الزِّيَادَةِ وَاخْتِيَارِ الْمُشْتَرِي)، يعْني: في اختيارِ الْمُشْتَرِي الَّذي لا يُماطلُ في تسليمِ الثَّمَنِ.

قولُه: (وَإِذَا زَوَّجَ الْمُكَاتَبُ أَوِ الذِّمِّيُّ أَوِ العَبْدُ ابْنَتَهُ وَهِيَ صَغِيرَةٌ حُرَّةٌ مُسْلِمَةٌ، أَوْ بَاعَ أَوِ اشْتَرَىٰ لَهَا؛ لَمْ يَجُزْ).

وصورةُ المسألةِ في «الجامع الصَّغير»: «محمَّدٌ عَن يعقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ في الذِّمِّيِّ أوِ المُكاتَبِ أوِ العبدِ يُزَوِّجُ واحدٌ منهُمْ ابنتَه وهيَ صغيرةٌ حُرَّةٌ مُسلمةٌ. قالَ: لا يجوزُ، وكذلِكَ إنْ باعَ لها أوِ اشْتَرَىٰ لَمْ يَجُزْ»(١). إلىٰ هُنا لفْظُ محمَّدٍ في «أصْل الجامع الصَّغير».

وذلِكَ: لقولِه ﷺ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلِيٍّ»(٢)، وليسَ الكافرُ مِن أهْلِ الولايةِ علىٰ المسلِمِ. قالَ تَعالىٰ: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾ [النساء: ١٤١]، وقالَ تَعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ[١٢/٢٣٧ط/د] كَفَرُوا۟ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [الأنفال: ٧٣]، وقالَ تَعالىٰ: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ [التوبة: ٧١]، ولهذا لَمْ يكنِ الكافرُ مِن أهلِ الشَّهادةِ والحُكْمِ عليْه، والعبدُ لا ولايةَ له علىٰ نفسِه، ألَا ترىٰ إلىٰ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤١٢].

(٢) مضىٰ تخريجه.

قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ وَالحَرْبِيُّ كَذَلِكَ؛ لِأَنَّ الْحَرْبِيَّ أَبْعَدُ مِنَ الذِّمِّيِّ فَأَوْلَىٰ بِسَلْبِ الْوِلَايَةِ، وَأَمَّا الْمُرْتَدُّ فَتَصَرُّفُهُ فِي مَالِهِ

غاية البيان

قوله تعالى: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا عَبۡدًا مَّمۡلُوكًا لَّا يَقۡدِرُ عَلَىٰ شَيۡءٍ﴾ [النحل: ٧٥]، فإنْ لَمْ يكُنْ له ولايةٌ على نفسِه لَمْ يكُنْ له ولايةٌ على غيرِه بالطَّريقِ الأَوْلَى؛ لأنَّ الولايةَ المتعَدِّيةَ فرْعُ الولايةِ القاصِرةِ.

ولهذا لَمْ يَصْلُح العبدُ أنْ يكونَ قاضيًا، ولا سُلطانًا، ولا شاهدًا، وكذلِكَ المُكَاتَبُ عبْدٌ ما بقِيَ عليه دِرهمٌ، ولأنَّ الولايةَ على الصِّغارِ والصَّغائرِ[1] تَثْبُتُ نظرًا لهم لعَجْزِهم، والنَّظرُ إنَّما يتحَقَّقُ مِن القادرِ المُشْفِقِ، ولا شفقةَ لِلكافرِ على المسلِمِ، ولا قُدْرَةَ لِلرَّقِيقِ، فانتفَتِ الولايةُ؛ لعدَمِ تحَقُّقِ النَّظرِ، وكذلِكَ لوِ اشْتَرَى واحدٌ منهُم لها أوْ باعَ؛ للمَعنَى الَّذي قُلْنا.

قولُه: (قَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ: وَالمُرْتَدُّ إِذَا قُتِلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ وَالحَرْبِيُّ كَذَلِكَ)، وهذِه مِن مسائِلِ «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «وقالَ يَعقوبُ ومحمَّدٌ: وكذلِكَ عِندَنا المُرْتَدُّ إذا ماتَ على رِدَّتِه والحَرْبِيُّ المُسْتَأْمنُ [١٢/٣٨و/د] لا يجوزُ شِرَاءُ واحدٍ منهُما، ولا بَيْعُه، ولا نكاحُه على ابنتِه إذا كانتِ ابنتُه صغيرةً مُسلمةً، ولا يُزَوِّجُها ولا يَرِثُها»[2]. إلى هُنا

(١) يعني: جَمْع صغيرة، وقد اشتهرَ هذا الجمْعُ على ألْسِنة كثير مِن الفقهاء، وقد اعترضَه غيرُ واحد مِن النحاة وأنكَروه. قال في «المصباح»: «الصغيرةُ صفةٌ جمْعُها: صِغَار، ولا تُجْمَع على صغائر. قال ابنُ يعيش: إذا كانت فعيلة لمؤنَّث ولَمْ تكن بمعنَى مفعولة؛ فَلِجَمْعها ثلاثةُ أمثلة: فِعَال بالكسر، وفعائل، وفعلاء، فالأول مثْل: صَبِيحة وصِبَاح، والثاني مثْل: صحيفة وصحائف، وقد يسْتَغنون بِفِعال عن فعائل؛ قالوا: سَمِينة وسِمَان، وصَغِيرة وصِغَار، وكبيرة وكِبَار، ولَمْ يقولوا: سمَائن ولا صغائر ولا كبائر في السِّنِّ، وإنما جاء ذلك في الذنُوب». وقال ابنُ معصوم: «وهي صَغِيرة، وهنَّ صَغِيرَات، وصِغَار، ولا تقُل: صَغائر إلا في الذنُوب». ينظر: «المصباح المنير» للفيومي [٣٤٠/١/ مادة: صغر]، و«الطراز الأول» لابن معصوم [٢٤٨/٨].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٠٥].

وَإِنْ كَانَ نَافِذًا عِنْدَهُمَا لَكِنَّهُ مَوْقُوفٌ عَلَىٰ وَلَدِهِ وَمَالِ وَلَدِهِ بِالْإِجْمَاعِ لِأَنَّهَا وِلَايَةٌ

غاية البيان

لفظُ مُحمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

قالَ الفقيهُ أبو الليْثِ: «هذا [٣١١/٢م] في قولِهم جميعًا، وإنَّما لَمْ يكُنْ لِلحربيِّ ولايةٌ لِمَا تلَوْنا، ولأنَّه أبْعَدُ مِنَ الذِّمِّيِّ؛ لأنَّ الذِّمِّيَّ مِن أهْلِ دارِنا، وقدْ قَبِلَ الجزْيَةَ الَّتي هيَ خلَفُ الإسْلامِ، والمُسْتَأمنُ ليسَ مِن أهْلِ دارِنا، ولَمْ يُوجَدْ منهُ خلَفُ الإسْلامِ، فإذا لَمْ يَثْبُتِ الولايةُ لِلذِّمِّيِّ عَلىٰ الصَّغيرةِ المسْلِمةِ؛ فأوْلَىٰ ألَّا تَثْبُتَ للحَرْبِيِّ، ولهذا لَمْ [٤٢/٦ظ/م] تَجُزْ شَهادةُ الحَرْبِيِّ على الذِّمِّيِّ، وأمَّا المُرْتَدُّ: فإنَّ ولايتَه مَوْقُوفَةٌ بالإجْماعِ.

أمَّا أبو حَنِيفَةَ: مَرَّ على أصْلِه أنَّ عقودَه في مالِ نفْسِه مَوْقُوفَةٌ، وكذلِكَ في مالِ ولدِه.

وأمَّا أبو يوسُف ومحمَّدٌ ـ وإنْ كانَا يُجيزانِ عُقودَه في مالِ نَفْسِه ويَجْعلانِه بمنزلةِ المسلِمِ في البَيْعِ والشِّراءِ ـ: يَجْعَلانِ عُقودَه في مالِ ولدِه مَوْقُوفَةً، فإنْ أسلَمَ جازَ، وإلَّا فَلا، لأنَّ الولايةَ نظريَّةٌ [٢٣٨/١٢ظ/د]، واتفاقُ المِلَّةِ داعٍ إلىٰ النظَرِ، وذلِكَ مُتَرَدِّدٌ بيْنَ الوجودِ والعدَمِ، لأنَّه مَعْدُومٌ في الحالِ، ولكنَّه يُرْجَىٰ وجودُه؛ لأنَّه مجْبُورٌ عليْه، فوَجَبَ التوقُّفُ.

فإذا قُتِلَ على رِدَّتِه استقَرَّتْ جهةُ الانقِطاعِ، فبطلَتْ عُقودُه؛ لأنَّه لا ولايةَ لِلكافرِ عَلىٰ المسلِمِ، وإنْ أسلَمَ: كأنَّه كانَ عَلىٰ الإسْلامِ فنفذَتْ عقودُه؛ لأنَّ الارتِدادَ كانَ عارِضًا، فإذا ارتفَعَ العارِضُ زالَ حُكْمُه، وعادَ حُكْمُ الأصْلِ عَلىٰ ما كانَ».

قالَ فخرُ الإسْلامِ في «شرْح الجامع الصَّغير»: «وهذِه مِن مسائِلِ الوَكَالَةِ، وتوَقُّفِ الولايةِ في كتاب المَأْذُون».

نَظَرِيَّةٌ وَذَلِكَ بِاتِّفَاقِ الْمِلَّةِ وَهِيَ مُتَرَدِّدَةٌ، ثُمَّ تَسْتَقِرُّ جِهَةُ الِانْقِطَاعِ إِذَا قُتِلَ عَلَى الرِّدَّةِ فَيَبْطُلُ وَبِالْإِسْلَامِ يُجْعَلُ كَأَنَّهُ لَمْ يَزَلْ مُسْلِمًا فَيَصِحَّ، والله أعلم.

قولُه: (وَذَلِكَ)، إِشَارَةٌ إلى الولايةِ[1] النَّظريَّةِ.

قولُه: (وَهِيَ)، أيِ: الملَّة.

قولُه: (فَيَبْطُلُ)، أيْ: تصرُّفُ المُرْتَدِّ.

واللهُ أعلَمُ [بِالصَّوابِ][2].

(١) وقع بالأصل: «إلى الوَكَالَة». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «غ».

بَابُ الوَكَالَةِ بِالخُصُومَةِ وَالقَبْضِ

قال: الْوَكِيلُ بِالْخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ؛ خِلَافًا لِزُفَرَ. هُوَ يَقُولُ رَضِيَ بِخُصُومَتِهِ وَالْقَبْضُ غَيْرُ الْخُصُومَةِ وَلَمْ يَرْضَ بِهِ.

۞ غاية البيان ۞

كِتَابُ الوَكَالَةِ بِالخُصُومَةِ وَالقَبْضِ

لَمَّا كانتِ الخُصُومَةُ مهجورةً شرعًا؛ لِقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُواْ فَتَفۡشَلُواْ﴾ [الأنفال: ٤٦] حتى تُرِكَتْ حقيقتُها إلى مُطلَقِ الجوابِ مجازًا؛ إطلاقًا لاسمِ السَّبَبِ على المُسَبَّبِ؛ أُخِّرَ ذِكْرُ الوَكَالَةِ بالخُصُومَةِ عمَّا ليسَ بِمهجورٍ، بَل هُو مُطلَقٌ مُجْرًى على حقيقتِه.

[١٢/٣٩و/د] قولُه: (والوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ وَكِيلٌ بِالقَبْضِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

قالَ قاضي خان في «شرح الجامع الصغير»: «هذا ظاهِرُ الرِّوايةِ».

وقالَ في «إشارات الأسرار»: «الوَكِيلُ بالخُصُومَةِ يَمْلِكُ قبضَ الدَّيْنِ عِندَنا خلافًا لِزُفَر».

وقالَ شمسُ الأئمَّةِ البَيْهَقِيُّ في «كفايته»: «الوَكِيلُ بِتقاضِي الدَّيْنِ لَه القَبْضُ اتِّفاقًا»[2].

وَجهُ قولِ زُفَر: أنَّه رَضِيَ بِهدايتِه في الخُصُومَةِ لا بأمانتِه في القَبْضِ؛ إذْ يُؤْتَمنُ على الخُصُومَةِ مَن لا يُؤْتَمنُ عَلى القَبْضِ، فَلا يَمْلِكُ القَبْضَ.

(١) ينظر: «مختصر القُدُوري» [ص/١١٧].

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» [٣/٢٢٩]، «الفقه النافع» [٣/١٢٤٥]، «بدائع الصنائع» [٥/٢٣]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٧٨]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٩٨].

وَلَنَا أَنْ مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ إتمَامَهُ وَإِتْمَامُ الْخُصُومَةِ وَانْتِهَاؤُهَا بِالْقَبْضِ، وَالْفَتْوَىٰ الْيَوْمَ عَلَىٰ قَوْلِ زُفَرَ - رحمه الله - لِظُهُورِ الْخِيَانَةِ فِي الْوُكَلَاءِ، وَقَدْ يُؤْتَمَنُ عَلَىٰ الْخُصُومَةِ مَنْ لَا يُؤْتَمَنُ عَلَىٰ الْمَالِ، وَنَظِيرُهُ الْوَكِيلُ بِالتَّقَاضِي يَمْلِكُ الْقَبْضَ عَلَىٰ أَصْلِ الرِّوَايَةِ؛ لأنه فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا، إِلَّا أَنَّ الْعُرْفَ بِخِلَافِهِ

غاية البيان

ولنا: أنَّ مَن ملَكَ شيئًا ملَكَ إتمامَه، وتمامُ الخُصُومَةِ بالقَبْضِ؛ لأنَّ تناهيَها به، فانصرَفَ الأمرُ بالخُصُومَةِ إلىٰ إنهائِها بالقَبْضِ، فمَلَكَ القَبْضَ، ولأنَّ المَقْصُودَ مِن الخُصُومَةِ: الاسْتِيفَاءُ، فيكونُ الاسْتِيفَاءُ مِن حُقُوقِها، ومَن كانَ وَكِيلًا بشيءٍ كانَ وَكِيلًا بحقوقِه، كَالوَكِيلِ بِالبَيْعِ.

وقالَ في «الواقعات» ـ في باب الوَكَالَة بعَلَامة النّون[1] ـ: «الوَكِيلُ بِالتَّقاضِي أَوْ [٦/٤٣و/م] بالخُصُومَةِ ليسَ [١٢/٣٩ظ/د] لَه أنْ يَقْبِضَ الدَّيْنَ في زمانِنا؛ لأنَّ الخِيَانَةَ ظهَرَتْ فيما بيْنَ النَّاسِ، وهوَ[2] اختيارُ مشايخِ بلْخ خصوصًا في الوُكَلاءِ علىٰ باب القاضِي». وبِه أخذَ الفقيهُ أبو اللَّيثِ.

قولُه: (لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ وَضْعًا)، أيْ: لأنَّ التَّقاضِيَ في معْنىٰ القَبْضِ، فيهِ نَظَرٌ؛ لأنَّه قالَ في «المغرب»: «تقاضَيْتُه دَيْني، وتقاضَيْتُه [٢/٣١١ظ] بدَيْني، واستقضَيْتُه: طلبْتُ قضاءَه، واقتَضيْتُ منهُ حَقِّي: أخذْتُه»[3].

قولُه: (إِلَّا أَنَّ الْعُرْفَ بِخِلَافِهِ)، أيْ: بخلافِ الوضْعِ.

---

(١) يعْني بـ: «علامة النون»: ما رمَزَ به الصدرُ الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «النوازل»، لأبي الليث السمرقندي. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق ٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

(٢) وقع بالأصل: «فهو». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٣) ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» للمُطَرِّزِي [٢/١٨٤].

وَهُوَ قَاضٍ عَلَى الْوَضْعِ وَالفَتْوَىٰ عَلَىٰ أَلَّا يَمْلِكَ.

فَإِنْ كَانَا وَكِيلَيْنِ بِالخُصُومَةِ لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِأَمَانَتِهِمَا لَا بِأَمَانَةِ أَحَدِهِمَا، وَاجْتِمَاعُهُمَا مُمْكِنٌ بِخِلَافِ الخُصُومَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ.

غاية البيان

يعْني: لا يُرَادُ القَبْضُ مِن التَّقاضي في عُرْفِ النَّاسِ؛ لأنَّهم لا يفْهمونَه منهُ، بل يفْهمونَ مِن التَّقاضِي المطالبةَ، ونحنُ لَا نُسَلِّمُ أنَّ الوضعَ علىٰ خلافِ العُرْفِ، بل يُرادُ منهُ في الوضعِ ما يُرادُ منهُ في العُرْفِ.

قولُه: (وَالفَتْوَىٰ عَلَىٰ أَلَّا يَمْلِكَ)، يعْني: أنَّ الوَكِيلَ بتقاضِي الدَّيْنِ يَمْلِكُ القَبْضَ اتِّفاقًا في جوابِ كتاب الوَكَالَة، لكنْ فتوىٰ المشايخِ: علىٰ ألَّا يَمْلِكَ لفسادِ الزَّمانِ.

قولُه: (فَإِنْ كَانَا وَكِيلَيْنِ [١٢/٠٤و/د] بِالخُصُومَةِ لَا يَقْبِضَانِ إِلَّا مَعًا)، وهذِه مِن مسائِلِ «الجامع الصغير»(١).

قدْ بَيَّنَّا قبلَ هذا الفصلِ: أنَّ الوكيلَيْنِ بالخُصُومَةِ لأحدِهِما أنْ يُخَاصِمَ إلَّا إذا انتهىٰ [إلىٰ](٢) قبْضِ المالِ لا يجوزُ قبْضُ أحدِهِما، وذلِك لأنَّ شرْطَ اجتِماعِهِما علىٰ الخُصُومَةِ يُلَبِّسُ الأمرَ علىٰ الحاكِمِ بِالشغَبِ، فلَمْ يلزَمِ اجتِماعُهما، ثمَّ لا يجوزُ لأحدِهِما أنْ يَقْبِضَ؛ لأنَّه ائتمَنَهُما، ولَمْ يأتَمِنْ أحدَهُما.

قولُه: (بِخِلَافِ الخُصُومَةِ عَلَىٰ مَا مَرَّ)، يعْني: أنَّ الوكيلَيْنِ بالخُصُومَةِ لا يُشْتَرطُ اجتماعُهُما علىٰ الخُصُومَةِ، بَل لا يَجوزُ لأحدِهِما أنْ ينفرِدَ بالخُصُومَةِ كما مَرَّ في أوَّلِ الفصْلِ المتقدِّمِ عندَ قولِه: (وَإِذَا وَكَّلَ وَكِيلَيْنِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيمَا وُكِّلَ بِهِ دُونَ الآخَرِ، إِلَّا أَنْ يُوَكِّلَهُمَا بِالخُصُومَةِ).

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٧].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قال: وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ حَتَّىٰ لَوْ أُقِيمَتْ عَلَيْهِ البَيِّنَةُ عَلَىٰ اسْتِيفَاءِ المُوَكِّلِ أَوْ إبْرَائِهِ تُقْبَلُ عِنْدَهُ، وَقَالَا: لَا يَكُونُ

غاية البيان

وعندَ زُفَر: ليسَ لِلوَكِيلِ بِالخُصُومَةِ أنْ يَقْبِضَ الدَّيْنَ.

قالَ الفَقِيهُ أَبو اللَّيثِ في «شرح الجامع الصَّغير»: «ومشايخُ هذِه البلْدةِ كانوا يَقولونَ بِقولِ زُفَر، وبِه يأخُذونَ». يعْني: مشايخَ بلْخ. قالَ: «وبه نأخُذُ»[١].

قولُه: (وَالوَكِيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ يَكُونُ وَكِيلًا بِالخُصُومَةِ [١٢/٤٠ظ/د] عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ). وهذِه مِن مسائِلِ «مختصر القُدُورِيّ»[٢].

قالَ القُدُورِيُّ في كتابِه المُسَمَّىٰ بـ«التَّقريب»: «قالَ أَبو حَنِيفَةَ: الوَكِيلُ بقَبْضِ الدَّيْنِ وَكِيلٌ بالخُصُومَةِ، فإنْ أقامَ المطلوبُ البيِّنَةَ أنَّه قضَىٰ المُوَكِّلَ؛ قُبِلَتْ بيِّنَتُه عليْه.

وقالا: لا تُقْبَلُ بيِّنَتُه على القَضاءِ إلَّا أنَّ الخُصُومَةَ تَسْقُطُ[٣].

وروىٰ الحسنُ عَن أَبي حَنِيفَةَ مِثْلَه». إلىٰ هُنا لفْظُ كتاب «التقريب».

وقالَ [٦/٤٣ظ/م] في «إشارات الأسرار»: «الوَكِيلُ بقَبْضِ الدَّيْنِ تُسْمَعُ عليهِ البيِّنَةُ بقَبْضِ المُوَكِّلِ، أوْ بإبْرائِه عنِ الدَّيْنِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ خلافًا لهُما، ثمَّ إنَّما قَيَّدَ بِالوَكِيلِ بقَبْضِ الدَّيْنِ؛ لأنَّ الوَكِيلَ بقَبْضِ العَيْنِ لا يكونُ خصْمًا إجماعًا».

(١) قال الأَسْبِيجَابِيّ: وعليه الفتوىٰ اليوم. ينظر: «المبسوط» [١١/١٩]، «المحيط البرهاني» [٩/٤٩١]، «الاختيار» [٢/١٦٥]، «زاد الفقهاء» [٤/١٠٤/ب]، «البحر الرائق ومعه منحة الخالق» [٧/١٧٨]، «الدر المختار» ومعه «حاشية ابن عابدين» [٥/٥٢٩]، «اللباب» [٢/١٥٠].

(٢) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٧].

(٣) قال في «التصحيح»: وعلىٰ قول الإمام مشىٰ المحبوبي في أصح الأقاويل والاختيارات والنسفي والموصلي وصدر الشريعة، ثم قال: وقيد بقبض الدين لأن الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلًا بالخصومة فيها بالإجماع، قاله في «الاختيار» وغيره، اهـ. ينظر: «المبسوط» [١٩/١٧]، «تحفة الفقهاء» [٣/٢٢٩]، «المحيط البرهاني» [٨/١٥٧]، «الاختيار» [٢/١٦٤]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٧٨]، «التصحيح» [ص٢٧٥]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٠٩]، «درر الحكام» [٢/٢٩١].

خَصْمًا وَهُوَ، رِوَايَةُ الْحَسَنِ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ لِأَنَّ الْقَبْضَ غَيْرُ الْخُصُومَةِ، وَلَيْسَ

﴿ غاية البيان ﴾

ونَقَلَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» عَن «مفقود شيخ الإسلام خُوَاهَر زَادَه»: «أنَّ الوَكِيلَ بقَبْضِ الدَّيْنِ لا يَمْلِكُ الخُصُومَةَ إجماعًا إنْ كانَ الوَكِيلُ مِنَ القاضي، كما لوْ وَكَّلَ وَكِيلًا بقَبْضِ دُيونِ الغائِبِ»(١).

وقالَ محمَّدٌ في «الجامع الصغير»: «عَن يعقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ: في رَجُلٍ لَه في يَدَيْ رَجُلٍ عبْدٌ، فوَكَّلَ رَجُلًا بقَبْضِه مِن الَّذي العبدُ في يديْه، ثمَّ غابَ المُوَكِّلُ، فأقامَ الَّذي في يديْه العبدُ البَيِّنَةَ أنَّ الغائبَ قدْ باعَه إيَّاهُ، قالَ: أَقِفُه حتَّىٰ يحْضُرَ الغائبُ [١٢/١٤١و/د]، وكذلِكَ الطَّلَاقُ والعَتَاقُ وكلُّ شيءٍ إلَّا الدَّيْنَ، فإنَّه إذا كانَ لرَجُلٍ علىٰ رَجُلٍ دَيْنٌ، فوَكَّلَ رَجُلًا بقَبْضِه، فأقامَ الَّذي عليْه الدَّيْنُ البَيِّنَةَ أنَّه قدْ أوْفَاه؛ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه. وقالَ أبو يوسُف ومحمَّدٌ: هذا والأوَّلُ سواءٌ»(٢). إلىٰ هُنا لفْظُ محمَّدٍ في «أصل الجامع الصغير».

وَجْهُ قولِهما: أنَّه مَأْمُورٌ بِالقَبْضِ، والقَبْضُ غيرُ الخُصُومَةِ، فَلا يكونُ الوَكِيلُ بقَبْضِ الدَّيْنِ وَكِيلًا بالخُصُومَةِ.

بيانُ المُغايَرةِ: أنَّ القَبْضَ يعتمدُ علىٰ أَمَانَةِ الرَّجُلِ، والخُصُومَةُ تعتمدُ علىٰ جَدَلِه، فإذا كانَ كذلِكَ؛ لَمْ [٢/٣١٢و] يَمْلِكِ الخُصُومَةَ كَالوَكِيلِ بقَبْضِ العينِ، وكما لوْ طلبَ الآمِرُ منهُ ذلِكَ بصيغةِ الأمْرِ، لا بصيغةِ التَّوْكِيلِ، لكِن يُوقَفُ الأمْرُ احتياطًا حتَّىٰ لا يكونَ لَه ولايةُ القَبْضِ إلىٰ أنْ يَحْضُرَ الغائبُ.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ ﷺ: أنَّ التَّوْكِيلَ بقَبْضِ الدَّيْنِ تَوْكِيلٌ بالتَّمليكِ وَالتَّمَلُّكِ؛ لأنَّه تَوْكِيلٌ بتَمَلُّكِ المَقْبُوضِ بِمقابلةِ ما في الذِّمَّةِ قصَاصًا؛ لأنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بأمثالِها، لا بأعْيانِها؛ لأنَّ الدَّيْنَ لا يُمْكِنُ قبْضُه؛ لأنَّه وصْفٌ ثابتٌ في

---

(١) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٧٠].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٥].

كُلُّ مَنْ يُؤْتَمَنُ [٦٥/و] عَلَى الْمَالِ يَهْتَدِي فِي الْخُصُومَاتِ فَلَمْ يَكُنِ الرِّضَا بِالْقَبْضِ رِضًا بِهَا.

الذِّمَّةِ، لكِن لَمَّا [١٢/٤١ظ/د] أَخذَ المَقْبُوضَ كانَ على القابضِ مِثْلُ ما على المطلوبِ، فالتقى الدَّيْنانِ قصاصًا، فلَمَّا كانَ هذا توكيلًا بِالمِلْكِ؛ كانَ خصْمًا عنِ الغائبِ في التَّمليكِ، فيُقْضى على الغائبِ كَالوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ.

والوَكِيلُ بأخذِ الدَّارِ بِالشُّفْعَةِ إذا قامَتْ عليهِ البَيِّنَةُ أنَّ المُوَكِّلَ سَلَّمَ الشُّفْعَةَ؛ صحَّتْ وقُضِيَ بذلِكَ، وكذلِكَ الوَكِيلُ بالرُّجوعِ في الهِبَةِ خصْمٌ، وكذا الوَكِيلُ بالقِسْمةِ والرَّدِّ بِالعَيْبِ، فكذا هَذا.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: إنَّ الوَكِيلَ بقَبْضِ الدَّيْنِ أشبَهُ بِالوَكِيلِ بأخذِ الشُّفْعَةِ مِنَ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ؛ لأنَّه خصْمٌ قبلَ [٦/٤٤و/م] قَبْضِ الدَّيْنِ، كما أنَّ الوَكِيلَ بأخذِ الشُّفْعَةِ خصْمٌ قبلَ [أخذِ][1] الدَّارِ، بخِلافِ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ؛ فإنَّه لا يصيرُ خصْمًا قبلَ مُباشرةِ الشِّرَاءِ، وهذا بخلافِ الوَكِيلِ بقَبْضِ العينِ؛ فإنَّه ليسَ بخَصْمٍ؛ لأنَّه أمينٌ مَحْضٌ، لَمْ يُوجَدْ فيهِ معْنى التَّمْلِيكِ والمُبادَلَةِ، فلَمْ يكُن خصْمًا، فكانَ كالرَّسولِ.

وبِخلافِ الوَكِيلِ بنَقْلِ المرْأةِ، والعبدِ، والأمَةِ، إذا أقامتِ المرأةُ البَيِّنَةَ على الطلَقاتِ الثَّلاثِ، أوْ أقامَ العبدُ أوِ الأمَةُ البَيِّنَةَ على الإِعْتَاقِ، حيثُ لا يكونُ الوَكِيلُ خصمًا [١٢/٤٢و/د]، ولا تُسْمَعُ البَيِّنَةُ على الطَّلَاقِ والعَتَاقِ، إلَّا لِقَصرِ اليدِ استحْسانًا، ويُوقَفُ الأمرُ إلى أنْ يَحْضُرَ الغائبُ.

والقياسُ: ألَّا يُوقَفَ الأمرُ، بلْ كانَ ينبَغي أنْ يُدْفَعَ إلى الوَكِيلِ؛ لأنَّ البَيِّنَةَ بطلَتْ؛ لقيامِها على غيرِ خَصْمٍ.

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «قبض».

وَلِأَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا، إِذْ قَبْضُ الدَّيْنِ نَفْسِهِ لَا يُتَصَوَّرُ إِلَّا أَنَّهُ جُعِلَ اسْتِيفَاءً لِعَيْنِ حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ، فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ ....

غاية البيان

وَجْهُ الاستِحْسانِ في قبولِ البيِّنةِ في قصرِ اليدِ خاصَّةً: أنَّ الوَكِيلَ في نفْسِ القبْضِ قائمٌ مقامَ المُوَكِّلِ، فجُعِلَ خصمًا في إبطالِ حقِّ القَبْضِ احتياطًا، فإذا حضَرَ الغائبُ؛ تُعادُ عليْهِ البيِّنةُ.

قالَ فخرُ الإسْلامِ: «ذُكِرَ الاستِحسانُ والقياسُ في كتابِ الوَكَالَة».

وأوْرَدَ القُدُوريُّ سؤالًا وجوابًا في كتاب «التَّقريب» فقالَ:

«فإنْ قيلَ: لوْ كانَ الوَكِيلُ بِالقَبْضِ وَكِيلًا بالتَّمليكِ؛ لَمْ يَجُزْ تَوْكِيلُ المسلمِ في قبْضِ الخَمْرِ، كما لا يُوَكِّلُ في تملُّكِها.

فالجوابُ: أنَّ هذا تمَلُّكٌ مِن طريقِ الحُكْمِ، والمسلمُ يصحُّ أنْ يُمَلَّكَ الخَمْرَ حُكْمًا وإنْ لَمْ يَجُزْ عقْدُه عليْها».

قولُه: (نَفْسِهِ) بالجرِّ على أنَّه بَدَلٌ مِنَ الدَّيْنِ.

[١٢/٤٤٢ظ/د] قولُه: (إلَّا أنَّهُ جُعِلَ اسْتِيفَاءً لعَيْنِ حَقِّهِ مِنْ وَجْهٍ)، استثناءٌ مِن قولِه: (لِأَنَّ الدُّيُونَ تُقْضَى بِأَمْثَالِهَا)، يعْني: أنَّ الدُّيُونَ وإنْ كانَت تُقْضَى بأمثالِها، لا بأعْيانِها؛ لِمَا بيَّنَّا آنفًا، إلَّا أنَّ المَقْبُوضَ جُعِلَ لَه حُكْمُ عينِ الدَّيْنِ؛ بدليلِ أنَّ ربَّ الدَّيْنِ يُجْبَرُ على القَبْضِ، فلَو كانَ تَمليكًا محْضًا ليسَ فيهِ معْنى اسْتِيفَاءِ عيْنِ الحقِّ؛ لَمْ يُجْبَرْ علَى القَبْضِ، وكذا إذا ظَفِرَ بجنسِ حقِّهِ حلَّ لَه التناوُلُ.

قولُه: (فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ)، أيْ: أشبَهَ الوكيلُ بقَبْضِ الدَّيْنِ الوكيلَ بأخْذِ الشُّفعةِ. يعْني: أنَّه خَصْمٌ، فكذا هذا.

وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ وَالقِسْمَةِ وَالرَّدِّ بِالعَيْبِ، وَهَذِهِ أَشْبَهُ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ حَتَّىٰ يَكُونَ خَصْمًا قَبْلَ الْقَبْضِ كَمَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ الْأَخْذِ هُنَالِكَ. وَالْوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ لَا يَكُونُ خَصْمًا قَبْلَ مُبَاشَرَةِ الشِّرَاءِ، وَهَذَا لِأَنَّ المُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حُقُوقًا وَهُوَ أَصِيلٌ فِيهَا فَيَكُونُ خَصْمًا فِيهَا.

قَالَ (وَالْوَكِيلُ بِقَبْضِ الْعَيْنِ لَا يَكُونُ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ) بِالِاتِّفَاقِ لِأَنَّهُ أَمِينٌ مَحْضٌ، وَالْقَبْضُ لَيْسَ بِمُبَادَلَةٍ فَأَشْبَهَ الرَّسُولَ (حَتَّىٰ أَنَّ مَنْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ عَبْدٍ لَهُ فَأَقَامَ الَّذِي هُوَ فِي يَدِهِ الْبَيِّنَةَ أَنَّ الْمُوَكِّلَ بَاعَهُ إِيَّاهُ وَقَفَ الْأَمْرُ حَتَّىٰ يَحْضُرَ الْغَائِبُ.

غاية البيان

قولُه: (وَالرُّجُوعِ فِي الهِبَةِ)، بالجرِّ عطفٌ على قولِه: (بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ).

يعْني: إذا وَكَّلَ وَكِيلًا بِالرُّجوعِ في الهِبَةِ؛ كانَ خصْمًا حتَّىٰ إذا أرادَ الرُّجُوعَ فأقامَ الموهوبُ له البَيِّنَةَ أنَّ الواهبَ [٢/٣١٢ظ] أخذَ العِوَضَ؛ يُقْبَلُ بَيِّنَتُه.

قولُه: (وَالقِسْمَةِ) بالجرِّ أيضًا عطفًا على ما قُلْنا، يعْني: أنَّ [٦/٤٤ظ/م] أحدَ الشَّرِيكَيْنِ إذا وَكَّلَ رَجُلًا بأنْ يُقاسِمَ شريكَه، فأرادَ الوَكِيلُ المقاسَمةَ، فأقامَ الشَّرِيكُ الآخرُ البَيِّنَةَ أنَّ المُوَكِّلَ [١٢/٤٣و/د] أخذَ نصيبَه؛ تُقْبَلُ بَيِّنَتُه؛ لأنَّ الوَكِيلَ خَصْمٌ؛ لأنَّ في القِسْمَةِ معْنىٰ التَّمْليكِ.

قولُه: (وَالرَّدِّ بِالعَيْبِ)، بجَرِّ الدَّالِ عطفًا على ما قُلنا أيضًا، يعْني: أنَّ المُشْتَرِي إذا وَكَّلَ وَكِيلًا بِرَدِّ المُشْتَرىٰ بسبَبِ العَيْبِ، فأقامَ البائِعُ البَيِّنَةَ أنَّ المُشْتَرِي رَضِيَ بذلِكَ؛ قُبِلَتْ بَيِّنَتُه.

قولُه: (وَهَذَا لِأَنَّ المُبَادَلَةَ تَقْتَضِي حُقُوقًا)، إشَارَةٌ إلى قولِه: (أَنَّهُ وَكَّلَهُ بِالتَّمَلُّكِ، فَأَشْبَهَ الوَكِيلَ بِأَخْذِ الشُّفْعَةِ)، يعْني: أنَّه لَمَّا وَكَّلَ الوَكِيلَ بِالقَبْضِ بالتَّملُّكِ؛ كانَ فيهِ

وَهَذَا اسْتِحْسَانٌ، وَالْقِيَاسُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَى الْوَكِيلِ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ قَامَتْ لِأَعْلَى خَصْمٍ فَلَمْ تُعْتَبَرْ.

وَجْهُ الِاسْتِحْسَانِ: أَنَّهُ خَصْمٌ فِي قَصْرِ يَدِهِ لِقِيَامِهِ مَقَامَ الْمُوَكِّلِ فِي الْقَبْضِ فَتُقْصَرُ يَدُهُ حَتَّى لَوْ حَضَرَ الْبَائِعُ تُعَادُ الْبَيِّنَةُ عَلَى الْبَيْعِ، فَصَارَ كَمَا إِذَا أَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ الْمُوَكِّلَ عَزَلَهُ عَنْ ذَلِكَ فَإِنَّهَا تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ كَذَا هَذَا.

قال: وَكَذَلِكَ الْعَتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُ ذَلِكَ وَمَعْنَاهُ إِذَا أَقَامَتِ الْمَرْأَةُ الْبَيِّنَةَ عَلَى الطَّلَاقِ وَالْعَبْدُ وَالْأَمَةُ عَلَى الْعَتَاقِ عَلَى الْوَكِيلِ بِنَقْلِهِمْ تُقْبَلُ فِي قَصْرِ يَدِهِ

۞ غاية البيان ۞

معنى المُبادَلَةِ، والمُبادَلَةُ تَقتَضِي حقوقًا مِنَ التَّسليمِ والتَّسلُّمِ والرَّدِّ بِالعَيبِ، والوَكِيلُ في الحُقُوقِ أَصيلٌ، فكانَ خصمًا.

قولُه: (أَنَّهُ خَصْمٌ فِي قَصْرِ يَدِهِ)، أي: الوَكِيلُ جُعِلَ خصمًا في حقِّ قَصرِ يدِ الوَكِيل لا غيرُ، (فَتَقْصُرُ يَدُهُ)، أي: يدُ الوَكِيلِ، والبيانُ مَرَّ آنفًا.

قولُه: (وَكَذَلِكَ العَتَاقُ وَالطَّلَاقُ وَغَيْرُ ذَلِكَ).

قالَ محمَّدٌ في «الأصل»: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بقَبْضِ عبدٍ له، أو جارِيَةٍ، فادَّعَى العبدُ العَتَاقَ مِن مولاهُ، وأقامَ البَيِّنَةَ، فإنِّي لا أدفَعُه إلى الوَكِيلِ، ولا أقضِي بالعتقِ، ولكن أقِفُه؛ لأنَّه لَمْ يُوَكِّلْه بالخُصُومَةِ في ذلِكَ، وإنَّما وَكَّلَه بقَبْضِه وبِالجارِيةِ.

وكذلِكَ [٤٣/١٢ظ/د] لوْ وَكَّلَه بإخراجِ امرأةٍ لَه، فأقامتِ [المرأةُ][(١)] البَيِّنَةَ أنَّ زوْجَها قدْ طَلَّقَها ثلاثًا، وكذلِكَ لوْ وَكَّلَه بقَبْضِ دارٍ، فأقامَ الَّذي في يدِيْه الدَّارُ البَيِّنَةَ أنه اشتَراها مِنَ الَّذي وَكَّلَه؛ فإنِّي لا أُنَفِّذُ ذلِكَ كلَّه عليْه؛ لأنَّه لَمْ يُوَكِّلْه بالخُصُومَةِ، ولوْ وَكَّلَه بقَبْضِ دَيْنٍ لَه، فأقامَ الغَرِيمُ البَيِّنَةَ أنَّه قدْ أَوْفَاهُ الطالبَ؛ قَبِلْتُ ذلِكَ منهُ.

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

حَتَّىٰ يَحْضُرَ الْغَائِبُ اسْتِحْسَانًا دُونَ العِتْقِ وَالطَّلَاقِ.

قال: وَإِذَا أَقَرَّ الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ عَلَىٰ مُوَكِّلِهِ عِنْدَ القَاضِي؛ جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ؛ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا، إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الوكَالَةِ. وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ.

غاية البيان

وليسَ هذا كالدَّارِ والعَبدِ؛ لأنَّ الدَّارَ شيءٌ بعَيْنِه، والدَّيْنُ ليسَ بشيءٍ قائمٍ بعَيْنِه، وهوَ قولُ أَبي حَنِيفَةَ. وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ: ليسَ بخصْمٍ في شيءٍ مِن ذلِكَ، وأقِفُ ذلِكَ كلَّه، الدَّيْنُ وغيرُه سواءٌ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ محمَّدٍ في «الأصل».

قولُه: (دُونَ العِتْقِ وَالطَّلَاقِ)، أيْ: تُقْبَلُ بَيِّنَةُ المرْأةِ والعَبدِ والأَمَةِ في حقِّ قصرِ يدِ الوَكِيلِ خاصَّة، لا في حقِّ العِتقِ والطَّلَاقِ.

قولُه: (وَإِذَا أَقَرَّ الوَكِيلُ بِالخُصُومَةِ عَلَىٰ مُوَكِّلِهِ عِنْدَ القَاضِي؛ جَازَ إِقْرَارُهُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ؛ لَمْ يَجُزْ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ اسْتِحْسَانًا، إِلَّا أَنَّهُ يَخْرُجُ مِنَ الوكَالَةِ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ: يَجُوزُ إِقْرَارُهُ، وَإِنْ أَقَرَّ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ القَضَاءِ)[2] [٦/٥٤٥و/م]، وهذِه مِن مسائِلِ القُدُورِيِّ[3].

ولفْظُ «الجامع الصَّغير»: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبي حَنِيفَةَ ﷺ [١٢/٤٤و/د]:

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٣٣٩/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) قال الإسبيجاني: والصحيح قولهما. ينظر: «الجامع الصغير» [ص: ٤٠٦]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٧٩]، «زاد الفقهاء» [١٠٥/ب]، «الجوهرة النيرة» [١/٣٠٩]، «العناية» [٨/١١٤]، «البحر الرائق» [٧/١٨١]، «حاشية الشرنبلالي» [٢/٢٩١]، «درر الحكام» [٢/٢٩١]، «التصحيح» [ص٢٧٦]، «اللباب» [٢/١٥١].

(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٧].

وَقَالَ زُفَرُ وَالشَّافِعِيُّ: لَا يَجُوزُ فِي الْوَجْهَيْنِ وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ - رحمه الله -

في رَجُلٍ لهُ علىٰ رَجُلٍ مالٌ، فوَكَّلَ رَجُلًا بالخُصُومَةِ فيه، والمُدَّعَىٰ عليْهِ يجْحدُه، فأقرَّ الوَكِيلُ عندَ القاضي أنَّ الَّذي وَكَّلَه قدِ استوْفاهُ. قالَ: يُقْضَىٰ علىٰ الَّذي لهُ المالُ بإقرارِ الوَكِيلِ، وإنْ أقرَّ عندَ غيرِ قاضٍ، فشَهِدَ عليْهِ بذلِكَ شاهدانِ؛ لَمْ يُقْضَ علىٰ الَّذي لَه المالُ بذلِكَ، إلَّا أنَّ الوَكِيلَ لا يُقْضَىٰ لهُ بدَفْعِ المالِ إذا شهِدَتِ الشهودُ بإقرارِه، وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ.

وقالَ أَبو يوسُفَ: إقرارُه يلزَمُ المُوَكِّلَ عندَ القاضي وعندَ غيرِ القاضي، وهوَ لازِمٌ»[1]. إلىٰ هُنا لَفْظُ **«أصل الجامع الصغير»**.

وقالَ في «الأصل»: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلَ بالخُصُومَةِ في شيءٍ؛ فهوَ جائزٌ، وهوَ خَصْمٌ بمنزلةِ الَّذي وَكَّلَه، غيرَ أنَّه لا يجوزُ إِقْرَارُ الوَكِيلِ علىٰ الَّذي وَكَّلَه إلَّا عندَ القاضي، فأمَّا عندَ غيرِ القاضي؛ فلا يَجوزُ، هذا في قولِ أَبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ، وقالَ [٢/٣١٣و] أبو يوسُفَ: يجوزُ إقرارُه عندَ القاضي وعندَ غيرِه، وتُقْبَلُ البَيِّنَةُ [١٢/٤٤ظ/د] عليْهِ بذلِكَ»[2]. إلىٰ هُنا لَفْظُ **«الأصل»**.

وقالَ القُدُورِيُّ في كتاب «التقريب»: «قالَ أَبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ: يجوزُ إِقْرَارُ الوَكِيلِ علىٰ مُوَكِّلِه بحَضْرةِ الحاكِمِ، ولا يجوزُ بغيرِ حَضْرتِه.

وقالَ زُفَر: لا يجوزُ في الحالَيْنِ». إلىٰ هنا لَفْظُ **«التقريب»**.

وقولُ أبي يوسُف أوَّلًا كقولِ زُفَر. كذا في **«المختلف»**[3]، وكذلِكَ قولُ الشَّافِعِيِّ مِثْلُ قولِه أيضًا[4]، ....

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٦].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٠٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٣) ينظر: «مختلف الرواية» لأبي الليث السمرقندي [٣/١٧٤٢].

(٤) مذهبُ الشافعي: هو عدم قبول إقرار الوكيل علىٰ المُوَكِّل. ينظر: «الحاوي الكبير» للماوردي=

أَوَّلًا، وَهُوَ الْقِيَاسُ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِالْخُصُومَةِ وَهِيَ مُنَازَعَةٌ وَالْإِقْرَارُ يُضَادُّهُ لِأَنَّهُ

غاية البيان

وقولُ مالكٍ في «التفريع»[1] كقولِه أيضًا[2].

وقالَ في كُتُبِ الحنابلةِ: «ولا يصحُّ إِقْرارُ الوَكِيلِ على مُوَكِّله، لا عندَ الحاكِمِ ولا عندَ غَيرِه، ولا صُلْحُه عنهُ، ولا الإبراءُ، إلَّا أنْ يُصَرِّحَ بذِكْرِ ذلِكَ في توكِيلِه»[3].

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ قولَ أبي حَنِيفَةَ ومحمَّدٍ استِحْسانٌ، وقولُ زُفَر قياسٌ. كذا ذكرَ فخرُ الإسْلامِ وغيرُه في «شروح الجامع الصغير».

وصورةُ المسألةِ: ما إذا كانَ الوَكِيلُ وَكِيلَ المُدَّعِي، فأقرَّ ببطلانِ الحقِّ، أوْ كانَ وَكِيلَ المُدَّعَى عليْه، فأقرَّ بلُزومِ الحقِّ عليْه.

وَجْهُ قولِ زُفَرَ: أنَّه وَكَّلَه بالخُصُومَةِ والمُنَازَعَةِ، والإِقْرَارُ مُسالمَةٌ ومُساعدةٌ، فكانَ بينَ الإِقْرَارِ والخُصُومَةِ تَضادٌّ، فلا يدخلُ تحتَ ما يضادُّه، فَلا يجوزُ إِقْرَارُ الوَكِيلِ على مُوَكِّلِه، كما لا يجوزُ صُلْحُه [١٢/٤٥٥/د] وإبراؤُه، معَ أنَّ الصُّلْحَ أقربُ إلى الخُصُومَةِ مِنَ الإِقْرَارِ.

وكما لوْ وَكَّلَهُ بِالخُصُومَةِ واستثنَى الإِقْرَارَ بأنْ قالَ: وكَّلْتُكَ بالخُصُومَةِ بشَرْطِ

= [٥١٣/٦]. و«الوسيط في المذهب» للغزالي [٢٩٧/٣]. و«العزيز شرح الوجيز» للرافعي [٢٤٣/٥].

(١) ينظر: «التفريع في فقه الإمام مالك» لابن الجلاب [٣٧٢/٢].

(٢) لمالكٍ في تلك المسألة قولان. قال ابنُ عبد البر: «اختلف قولُ مالك في قبول إقرار الوكيل بالخصومة عند القاضي على مُوَكّله، فمرةً أجازَه، ومرةً قال: لا يلزم مُوَكّله ما أقرَّ به عليه. وجرَى العملُ عندنا أنه إذا جعلَ إليه الإقرار عليه لَزِمه ما أقرَّ به عند القاضي، وهذا في غير المُفَوَّض». ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» لابن عبد البر [٧٨٧/٢]، و«التاج والإكليل لمختصر خليل» للمواق [١٧١/٧]، و«منح الجليل» لعُلَيْش [٣٦٠/٦].

(٣) لأحمد في هذه المسألة قولان أيضًا. ينظر: «الفروع» لابن مفلح [٤٩/٧]. و«كشاف القناع» للبهوتي [٤٧٢/٣].

مُسَالَمَةٌ، وَالأَمْرُ بِالشَّيْءِ لَا يَتَنَاوَلُ ضِدَّهُ. . . . .

﴿ غاية البيان ﴾

[١/٥٠٤ظ/م] أَلَّا تُقِرَّ عليَّ، فأقرَّ الوَكِيلُ؛ لَمْ يصحَّ إقرارُه؛ لأنَّ لفظَ التَّوْكِيلِ بالخُصُومَةِ لَمْ يتناوَلِ الإقْرارَ، فلَو تناوَلَه بَطَلَ الاستِثْناءُ وصحَّ الإقْرارُ؛ لأنَّ الخُصُومَةَ شيءٌ واحدٌ، والاستثناءُ مِن شيءٍ واحدٍ لا يجوزُ، ولأنَّ الدَّاخلَ تحتَ الأمرِ جوابٌ هوَ مُنَازَعَةٌ، وهوَ الإنكارُ لا الإقْرارُ، تمسُّكًا بحقيقةِ اللَّفظ، وعمَلًا بالعُرْفِ؛ لأنَّ الحاجةَ إلىٰ الاستِنابةِ واختيارِ الأهدَىٰ فالأهْدَىٰ إنَّما يكونُ في المُنَاكَرَةِ دونَ الإقْرارِ، والعُرْفُ يَصْلُحُ دليلًا مُعَيَّنًا، كما في التَّوْكِيلِ بِشراءِ الفحْمِ والجَمْدِ ينصرفُ إلىٰ وَقْتِ الحاجةِ بِالعُرْفِ، فكذا هُنا.

وَلنا: أنَّ حقيقةَ التَّوْكِيلِ بِالخُصُومَةِ مهْجورةٌ شرْعًا؛ لقولِه تَعالىٰ: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُواْ﴾ [الأنفال: ٤٦]، فيُصَارُ إلىٰ المجازِ صوْنًا لكلامِ العاقِلِ عنِ الإلغاءِ، ومُطْلَقُ الجوابِ يَصْلُحُ مجازًا؛ لأنَّ الخُصُومَةَ سَبَبٌ لِلجوابِ، وإطلاقُ السَّبَبِ وإرادةُ المُسَبَّبِ طريقٌ مِن طرُقِ المجازِ.

ثمَّ مُطْلَقُ الجوابِ يتناوَلُ الإنكارَ والإقْرارَ جميعًا، فكما أنَّ إنكارَ الوَكِيلِ يصحُّ مِن حيثُ إنَّه جوابٌ، فكذا يصحُّ إقرارُه مِن حيثُ إنَّه جوابٌ؛ لأنَّ الجوابَ تارةً يكونُ [١٢/٥٠٤ظ/د] بـ: «نعَم»، وتارةً يكونُ بـ: «لا»، فصحَّ إقْرارُ الوَكِيلِ كإنكارِه.

وَلَا يُقَالُ: بأنَّ إنكارَ الخُصُومَةِ جوابٌ مُقَيَّدٌ، فينبَغي ألَّا يَمْلِكَ مُطْلَقَ الجوابِ؛ إذِ المُطْلَقُ فوقَ المُقَيَّدِ.

لِأَنَّا نَقُولُ: المُقَيَّدُ يشْتَمِلُ علىٰ الأصلِ والوَصْفِ، والمُطْلَقُ يتعرَّضُ للأصلِ دونَ الوَصْفِ، فكانَ في المُقَيَّدِ ما في المُطْلَقِ وزيادةٌ، فجازَ جعْلُه مجازًا عنهُ. إلىٰ هَذا أشارَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرح الكافي» للحاكِمِ الشَّهيدِ.

والجوابُ عمَّا قالَ زُفَرُ: أنَّ التَّوْكِيلَ أبدًا إنَّما يكونُ بِما يكونُ مملوكًا للمُوَكِّلِ،

. . . .

وأحدُ الجوابيْنِ مِن الإنكارِ والإِقْرارِ ليسَ بمَمْلوكٍ لَه قطْعًا ؛ لأنَّ خصْمَه إذا كانَ مُحِقًّا يلزمُه الإِقْرارُ ، وإذا كانَ مُنْكِرًا يلزمُه الإنكارُ ، فلَمْ يتَعَيَّنْ أحدُ الجوابيْنِ الَّذي هوَ عبارةٌ عنِ الخُصُومَةِ ، وهوَ الإنكارُ [٢/٣١٣ظ] ، لاحتمالٍ وترَدُّدٍ في كونِه مرادًا ، فحُمِلَ كلامُه ـ بعدَ ترْكِ حقيقتِه ـ على ما ينطَلِقُ عليْه اسمُ الجوابِ مُطلقًا مجازًا .

ثمَّ الإِقْرارُ والإنكارُ يندَرِجانِ تحتَ مُطْلَقِ الجوابِ ، فيصحُّ إِقْرارُ الوَكِيلِ كالإنكارِ ، لا باعتبارِ أنَّه إِقْرارٌ ، ولا باعتبارِ أنَّه إنكارٌ ، بلْ باعتِبارِ [١٢/٤٦و/د] أنَّه جوابٌ ، ولا يلزمُ على هذا تَوْكِيلُ المسلِمِ الذِّمِّيَّ بِبَيْعِ الخَمْرِ [٦/٤٦و/م] أوْ شرائِها ، فإنَّه يجوزُ عَلى مذْهبِ أَبي حَنِيفَةَ ، معَ أنَّ المسْلِمَ لا يَمْلِكُ ذلِكَ بنفسِه .

لأنَّا نقولُ: إنَّ ذلكَ مملوكٌ للمسلِمِ ضِمْنًا وحُكمًا ؛ لتصرُّفِ الوَكِيلِ ، وإنْ لَمْ يكُنْ ممْلوكًا قصْدًا على وَجْهٍ لا يَلْحَقُه اللومُ والإثْمُ في ذلِكَ .

على أنَّا نقولُ: إنَّ لِلمسْلِمِ ولايةً في جنسِ التَّصَرُّفِ ؛ لكونِه حُرًّا عاقلًا بالغًا على وَجْهٍ يلزمُه حُكْمُ التصَرُّفِ فيما تصَرَّفَ بولايتِه ، ولا يُشْترطُ أنْ يكونَ للمُوَكِّلِ ولايةٌ في كلِّ الأفرادِ ، وقدْ مَضى بيانُ ذلكَ في أوائلِ كتابِ الوَكَالَة عندَ قولِه: **(وَمِنْ شَرْطِ الوَكَالَةِ: أَنْ يَكُونَ المُوَكِّلُ مِمَّنْ يَمْلِكُ التَّصَرُّفَ)** ، وتلزمُه الأحكامُ ، ولا يلزمُ على هذا إِقْرارُ الأبِ والوَصِيِّ على اليَتيمِ ، فإنَّه لا يجوزُ ؛ لأنَّه غيرُ مُوَكَّلٍ بِالجوابِ ، ولا مَأْمُورٍ بِه ، إذْ تصَرُّفُهُما بالولايةِ على طريقِ النَّظرِ ، ولا نظَرَ فيهِ ، ولا يلزمُ إِقْرارُ الوَكِيلِ بِالقصاصِ والحَدِّ ، حيثُ لا يجوزُ على المُوَكِّلِ ؛ لشُبْهةِ عدَمِ الأمْرِ بذلِكَ .

والجوابُ عنِ القِياسِ عَلى [١٢/٤٦ظ/د] الصُّلحِ فَنقولُ: إنَّما لَمْ يصحَّ صُلْحُ الوَكِيلِ ؛ لأنَّ الخُصُومَةَ ليستْ بسببٍ داعٍ إلى الصُّلحِ ، بَل هوَ تصَرُّفٌ ابتداءً يتعلَّقُ باختِيارِهِما .

....

والجوابُ عمَّا إذا استثنىٰ حيثُ يصحُّ ويَبْطُلُ إقرارُ الوَكِيلِ فنقولُ: لَا نُسَلِّمُ أنّه يصحُّ الاستثناءُ، بَل لا يصحُّ الاستثناءُ عندَ أبي يوسُف. كذا ذكرَ فخرُ الإسْلام في «شرْح الجامع الصغير».

وفي «أصول فِقْهه» أيضًا في بابِ بيان التَّغْيير[1]، فَعلىٰ هذا يصحُّ إقرارُه لبُطْلانِ الاستثْناءِ، وهذا لأنَّ المُوَكِّلَ وَكَّلَه بما لا يَمْلِكُه، وهو إنكارُ الحقِّ.

وَلَئِنْ سَلَّمْنَا أنَّه يصحُّ الاستثناءُ علىٰ ما رُوِيَ عَن محمَّدٍ فَنقولُ: إنَّما صحَّ؛ لأنَّ تَنصيصَه علىٰ استِثْناءِ الإِقْرارِ دليلٌ علىٰ مِلْكِ المُوَكِّلِ استثناءَ الإقْرارِ؛ لأنَّ غرضَه إنكارُ الوَكِيلِ، وإذا كانَ غرَضُه الإنكارَ ـ الَّذي هو أحدُ الجوابيْنِ عيْنًا ـ؛ لَمْ يصحَّ إقرارُه؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إرادتُه مجازًا عن الخُصُومَةِ؛ للتردُّدِ في أحد الجوابيْنِ عيْنًا.

بخلافِ ما إذا أطلَقَ التَّوْكِيلَ بالخُصُومَةِ ولَمْ يستَثْنِ الإقْرارَ؛ حيثُ يصحُّ إقْرارُ الوَكِيلِ علىٰ المُوَكِّلِ حمْلًا للكلامِ علىٰ ما هوَ الأَوْلَىٰ، وهوَ مُطْلَقُ الجوابِ.

وعَن محمَّدٍ: أنَّه فَرَّقَ بينَ وَكِيلِ الطَّالبِ، ووَكِيلِ المطْلوبِ، فقالَ: «إنْ [١٢/٤٧و/د] وَكَّلَ المطلوبُ واستثنَىٰ الإقْرارَ؛ لا يصحُّ؛ لأنَّ المطْلوبَ يُجْبَرُ علىٰ الخُصُومَةِ، ولا يُمْكِنُه التَّوْكِيلُ بما فيهِ إضرارُ الطَّالبِ، بخلافِ الطَّالبِ؛ لأنَّه لا يُجْبَرُ».

قالَ [٦/٤٦ظ/م] في «تتمة الفتاوىٰ»: «إذا وَكَّلَ بالخُصُومَةِ واستثنَىٰ الإقْرارَ؛ صحَّتِ الوَكَالَةُ والاستثناءُ في ظاهِرِ الرِّوايةِ، وعن أبي يوسُف: أنَّه لا يصحُّ، وعَن محمَّدٍ: يصحُّ استثناءُ الإقْرارِ مِن الطَّالبِ؛ لأنَّه مُخيَّرٌ، ولا يصحُّ مِن المطْلوبِ؛ لأنَّه مجْبُورٌ عليْه».

---

(١) ينظر: «أصول البزدوي» [ص/٢١٦].

وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ وَالإِبْرَاءَ وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الْإِقْرَارَ، ....

فَإِنْ قُلْتَ: التَّوْكِيلُ لأجْلِ حاجةِ المُوَكِّلِ، وهوَ لا يحتاجُ إلىٰ التَّوْكِيلِ بالإقرارِ ظاهرًا؛ لأنَّه لا يعْجزُ عنِ الإِقْرَارِ بنفسِه، فينبَغي ألَّا يصحَّ إِقْرَارُ الوَكِيلِ عليْه؛ لأنَّه ليسَ بمأمورٍ بالإقرارِ ظاهرًا.

قُلْتُ: لَا نُسَلِّمُ أنَّه لا يحتاجُ إلىٰ التَّوْكِيلِ بالإقرارِ؛ لأنَّه ربَّما لا يعْرِفُ توجُّهَ الحقِّ إليْه أوَّلًا بهذِه الدَّعوةِ، فيُوكِّلُ مَن هوَ أعلَمُ منهُ، أوْ ربَّما يُوَكِّلُه ليُقِرَّ بهذا القَدْرِ علىٰ وَجْهٍ لا يلزمُه شيءٌ آخَرُ [٢/٣١٤و]، ويندفعَ عنه خُصُومَةٌ أُخرىٰ.

ثُمَّ بقِيَ الكلامُ معَ أبي يوسُف: وَجْهُ قولِه أنَّ الوَكِيلَ قائمٌ [١٢/٤٤٧ظ/د] مقامَ المُوَكِّلِ، فإِقْرَارُ المُوَكِّلِ يَجوزُ في مجلسِ القَضَاءِ وغيرِه، وكذا إِقْرَارُ وَكِيلِه؛ لأنَّه نائبٌ مَنَابَه.

ووَجْهُ قولِهما: أنَّ إِقْرَارَ الوَكِيلِ إنَّما يصحُّ باعتِبارِ أنَّه جوابُ الخُصُومَةِ مجازًا، والخُصُومَةُ تختَصُّ بمجلسِ القَضَاءِ، فكذا جوابُها.

ألَا تَرىٰ أنَّه لا يقَعُ سماعُ بَيِّنَةٍ، ولا استحلافٌ، ولا إِعْداءٌ[١]، ولا حبْسٌ إلَّا عندَ القاضي، وما يكونُ في غيرِ مجلسِ القاضي يكونُ صُلْحًا، فإذا كانَ الجوابُ المُعْتَبَرُ هوَ الجوابَ في مجلسِ القَضَاءِ؛ لَمْ يُعْتَبَرْ إِقْرَارُ الوَكِيلِ علىٰ مُوَكِّلِه في غيرِ مجلسِ القَضَاءِ، فإذا قامتِ البَيِّنَةُ علىٰ إقرارِه ذلِكَ؛ خرَجَ مِنَ الوَكَالَةِ حتَّىٰ لا يُدْفَعَ المالُ إليْهِ؛ لأنَّه معَ الإِقْرَارِ لا يَصْلُحُ للخُصُومَةِ؛ لأنَّه مناقِضٌ في دعْواهُ؛ لأنَّه كذَّبَ نفسَه بالقولِ الأوَّلِ.

قولُه: (وَلِهَذَا لَا يَمْلِكُ الصُّلْحَ وَالإِبْرَاءَ)، هذا استدلالٌ مِن زُفَر بالأحْكامِ،

---

(١) الإِعْداءُ: مصدر أعدَىٰ يُعْدِي، إذا طلَبَ حضورَ الشيء، وأعْدَىٰ فرَسَه، أي: استَحْضَره. ينظر: «معجم ديوان الأدب» للفارَابي [٤/١٠٠].

وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالجَوَابِ مُطْلَقًا؛ يَتَقَيَّدُ بِجَوَابٍ هُوَ خُصُومَةٌ، وَلِهَذَا يَخْتَارُ فِيهَا الأَهْدَىٰ فَالأَهْدَىٰ.

غاية البيان

منها: هذه، أي: ولأجلِ أنَّ الأمرَ بالشَّيءِ لا يتناوَلُ ضدَّه، لا يَمْلِكُ الوَكِيلُ بالخُصُومَةِ الصلْحَ والإبراءَ؛ لأنَّ الخُصُومَةَ ضِدُّ ذلِكَ.

ومنْها: أنَّه إذا وَكَّله [١٢/٤٨و/د] بالخُصُومَةِ، واستثنَى الإقْرارَ؛ صحَّ الاستثناءُ وبطلَ إقْرارُ الوَكِيلِ؛ لأنَّ الأمرَ بالشَّيءِ لا يتناوَلُ ضِدَّهُ، وهذا لأنَّه مَأْمُورٌ بمُنَازَعَةٍ، والإقْرارُ مُسالمةٌ، وبينَهُما تضادٌّ، ولهذا إذا أقرَّ في غيرِ مجلسِ القاضي لا يصحُّ.

ومنْها: إذا وَكَّله بالإنكارِ، فأقرَّ؛ لا يصحُّ؛ لأنَّ الإنكارَ مُنَازَعَةٌ، والإقْرارُ ضِدُّها.

قولُه [٦/٤٧و/م]: (وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِالجَوَابِ مُطْلَقًا؛ يَتَقَيَّدُ بِجَوَابٍ هُوَ خُصُومَةٌ، وَلِهَذَا يَخْتَارُ فِيهَا الأَهْدَىٰ فَالأَهْدَىٰ)، وكأنَّ هذا سَهْوُ القلمِ مِن صاحبِ «الهداية»، وظنِّي أنَّه أرادَ بذلِكَ: فكذا فيما وَكَّله بِالخُصُومَةِ يتَقَيَّدُ بجوابٍ هو خُصُومَةٌ على وَجْهِ النَّتيجةِ[1].

يعْني: لَمَّا كانَ الأمرُ بالشَّيءِ لا يتناوَلُ ضدَّه حتَّىٰ لا يَمْلِك الوَكِيلُ الصُّلْحَ، وصحَّ استثناءُ المُوَكِّلِ الإقْرارَ؛ أنتجَ أنَّ التَّوْكِيلَ بِالخُصُومَةِ يتَقَيَّدُ بِجوابٍ هوَ خُصُومَةٌ، وهوَ الإنكارُ لا بوجوبٍ هوَ مُسالمةٌ وهوَ الإقْرارُ ولأجْلِ أنَّ التَّوْكِيلَ بالخُصُومَةِ يتَقَيَّدُ بِجوابٍ هوَ خُصُومَةٌ؛ يختارُ في التَّوْكِيلِ بِالخُصُومَةِ الأَهْدَىٰ في الخُصُومَةِ [١٢/٤٨ظ/د] فالأَهْدَىٰ.

ولا يُمْكِنُ تصحيحُ كلامِ صاحبِ «الهداية» بِإجرائِه علىٰ ظاهرِه؛ لأنَّه لوْ وَكَّله بِالجوابِ مُطلقًا؛ لا يتَقَيَّدُ بِجوابٍ هو خُصُومَةٌ، وهوَ الإنكارُ؛ لأنَّ المَأْمُورَ بِه هوَ

---

(١) ردَّه قاضي زاده بقوله: أقول: فيه نظر.. ثم ساق ما يرد على كلام الأتقاني من حجج وبراهين. ينظر: «نتائج الأفكار» [٨/١١٦]، «تبيين الحقائق وحاشية الشلبي» [٤/٢٨٠]، «رد المحتار» [٥/٥٣١].

وجه الاستحسان: أن التَّوْكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا وَصِحَّتُهُ بِتَنَاوُلِهِ مَا يَمْلِكُهُ قَطْعًا وَذَلِكَ مُطْلَقُ الْجَوَابِ دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا. وَطَرِيقُ المَجَازِ موجود عَلَى مَا نُبَيِّنُهُ

غاية البيان

مُطْلَقُ الجوابِ، وهوَ يشمَلُ الإنكارَ والإِقْرارَ جميعًا، ولا مُضادَّةَ بينَ الجوابِ والإِقْرارِ، بخِلافِ المَأْمُورِ بالخُصُومَةِ؛ إذْ يجوزُ أنْ يقولَ زُفَر: بينَ الخُصُومَةِ والإِقْرارِ مضادَّةٌ.

ولهذا صَرَّحَ علاءُ الدِّينِ العالمُ في «طريقة الخلاف»[1]: أنَّه لوْ وَكَّلَه بِالجوابِ المُطْلَقِ، فأقرَّ؛ يصحُّ.

فَعُلِمَ: أنَّه إِذا وَكَّلَه بِالجوابِ المُطْلَقِ لا يتَقَيَّدُ بجوابٍ هوَ خُصُومَةٌ، وقدْ تحيَّرَ بعضُ الشَّارِحينَ في هذا المقامِ فَقالَ: هذِه مسألةٌ مُبتداةٌ لا لِلاستِشْهادِ.

فأقولُ: لوْ قالَ صاحبُ «الهداية» في هذا المقام كما قُلنا أوَّلًا - في بيانِ قولِ زُفَر بقولِنا: ولأنَّ الدّاخلَ تحتَ الأمرِ جوابٌ هوَ مُنازَعَةٌ، وهوَ الإنكارُ لا الإِقْرارُ؛ تمسُّكًا بحقيقةِ اللَّفظِ، وعملًا بالعُرْفِ؛ لأنَّ الحاجةَ إلىٰ الاستِنابةِ، واختيارِ الأهْدَىٰ فالأهْدَىٰ إنَّما تكونُ في المُناكَرَةِ دونَ الإِقْرارِ -؛ كانَ أَوْلَىٰ وأقربَ إلىٰ التَّحقيقِ.

قولُه [١٢/٤٩و/د]: (التَّوْكِيلَ صَحِيحٌ قَطْعًا)، أيِ: التَّوْكِيل بِالخُصُومَةِ صحيحٌ إجماعًا.

قولُه: (دُونَ أَحَدِهِمَا عَيْنًا)، أيْ: دونَ أحدِ الجوابَيْنِ عينًا، وقدْ بيَّنَّاهُ قبْلَ هذا.

قولُه: (وَطَرِيقُ المَجَازِ)، أيْ: بينَ الخُصُومَةِ ومُطْلَقِ الجوابِ، وقدْ مَرَّ البيانُ آنفًا.

قولُه [٢/٣١٤ط]: (عَلَىٰ مَا نُبَيِّنُهُ)، إشَارَةٌ إلىٰ ما ذكَره عندَ قولِه: (هُمَا يَقُولَانِ:

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤١٣].

إن شاء الله تعالىٰ فَيُصْرَفُ [٦٥/ظ] إِلَيْهِ تَحَرِّيًا لِلصِّحَّةِ قَطْعًا.

وَلَوِ اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُهُ. وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَصِحُّ؛ لِأَنَّ لِلتَّنْصِيصِ زِيَادَةَ دَلَالَةٍ عَلَىٰ مِلْكِهِ إِيَّاهُ؛ وَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الأَوْلَىٰ.

وَعَنْهُ أَنَّهُ فَصَلَ بَيْنَ الطَّالِبِ وَالْمَطْلُوبِ وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ وتخير الطالب فيه؛ فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ: إِنَّ الْوَكِيلَ قَائِمٌ

غاية البيان

إنَّ التَّوْكِيلَ تَنَاوَلَ جَوَابًا يُسَمَّىٰ خُصُومَةً).

قولُه: (فَيُصْرَفُ إِلَيْهِ)، أيْ: يُصْرَفُ التَّوْكِيلُ بالخُصُومَةِ إلىٰ مُطْلَقِ [٦/٤٧ظ/م] الجوابِ.

قولُه: (وَلَوِ اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ لَا يَصِحُّ)، جوابٌ عَن قولِه: (وَيَصِحُّ إِذَا اسْتَثْنَى الإِقْرَارَ).

قولُه: (وَعِنْدَ الإِطْلَاقِ يُحْمَلُ عَلَى الأَوْلَىٰ)، أيْ: عندَ إطْلاقِ التَّوْكِيلِ بِالخُصُومَةِ مِن غيرِ استثناءِ الإِقْرارِ يُحْمَلُ التَّوْكِيلُ بالخُصُومَةِ على ما هوَ الأَوْلَىٰ، وهوَ مُطْلَقُ الجوابِ.

قولُه: (وَعَنْهُ)، أي: وعَن محمَّدٍ.

قولُه: (وَلَمْ يُصَحِّحْهُ فِي الثَّانِي)، أيْ: لَمْ يُصحِّحْ محمدٌ استثناءَ الإِقْرارِ مِنَ المطلوبِ.

قولُه: (لِكَوْنِهِ مَجْبُورًا عَلَيْهِ)، أيْ: علىٰ تَرْكِ الإنكارِ، أوْ يُقالُ: لكوْنِ المطلوبِ شخصًا يُجْبَرُ عليْه في الخُصُومَةِ.

قولُه [١٢/٤٩ظ/د]: (فَبَعْدَ ذَلِكَ يَقُولُ أَبُو يُوسُفَ)، هذا شروعٌ في بيانِ المُحاجَّةِ

وَهُمَا يَقُولَانِ: إِنَّ التَّوْكِيلَ تَنَاوَلَ جَوَابًا يُسَمَّىٰ خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا، وَالْإِقْرَارُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ خُصُومَةٌ مَجَازًا، إِمَّا لِأَنَّهُ خَرَجَ فِي مُقَابَلَةٍ أَوْ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لَهُ لِأَنَّ الظَّاهِرَ إِتْيَانُهُ بِالْمُسْتَحَقِّ وَهُوَ الْجَوَابُ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ فَيَخْتَصُّ بِهِ، لَكِنْ إِذَا أُقِيمَتْ الْبَيِّنَةُ عَلَىٰ إِقْرَارِهِ فِي غَيْرِ مَجْلِسِ الْقَضَاءِ يَخْرُجُ مِنَ الْوَكَالَةِ حَتَّىٰ لَا يُؤْمَرَ بِدَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ صَارَ مُنَاقِضًا وَصَارَ كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، لَا يَصِحُّ وَلَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِمَا.

غاية البيان

مَعَ أَبي يوسُف بعدَ فراغِ بيانِ المُحَاجَّةِ معَ زُفَر.

قولُه: (وَهُمَا يَقُولَانِ)، أيْ: أَبو حَنِيفَةَ ومحمَّدٌ.

قولُه: (إِنَّ التَّوْكِيلَ تَنَاوَلَ جَوَابًا يُسَمَّىٰ خُصُومَةً حَقِيقَةً أَوْ مَجَازًا)، يعْني: أنَّ التَّوْكِيلَ بالخُصُومَةِ يُرَادُ بِه الجوابُ.

ثمَّ الجوابُ إنْ كانَ إنكارًا كما قالَ زُفَر؛ يكونُ ذلِكَ حقيقةً في الخُصُومَةِ؛ إذْ لا فرْقَ بينَ الإنكارِ والخُصُومَةِ، وإنْ كانَ إقرارًا كما قُلْنا نحنُ جَميعًا؛ كانَ تناوُلُ الخُصُومَةِ علىٰ الإقْرارِ مَجازًا؛ لأنَّ الخُصُومَةَ سَبَبٌ للجوابِ، وهوَ يشْتَمِلُ علىٰ الإقْرارِ والإنكارِ جَميعًا، ثمَّ الخُصُومَةُ تختصُّ بِمجلسِ القَضَاءِ، فكذا جوابُها.

قولُه: (فَيَخْتَصُّ بِهِ)، أي: يُخْتَصُّ جوابُ الخُصُومَةِ بمجلسِ القَضَاءِ.

قولُه: (وَصَارَ كَالْأَبِ وَالْوَصِيِّ إِذَا أَقَرَّ فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ، لَا يَصِحُّ وَلَا يُدْفَعُ الْمَالُ إِلَيْهِمَا)، يعْني: أنَّ الأبَ أوِ الوَصِيَّ إذا ادَّعَىٰ شيئًا لِلصَّغيرِ، فأنكَرَ المُدَّعَىٰ عليْه، فصدَّقَه الأبُ أوِ الوصيُّ[1]، ثمَّ جاءَ يدَّعِي ذلكَ المالَ؛ لا يُدْفَعُ المالُ إليهما؛ لأنَّهما خرَجَا عنِ الولايةِ والوِصَايَةِ في حقِّ هذا المالِ بإقْرارِهِما علىٰ الصَّبيِّ، فكذلِكَ هُنا لَمَّا خرَجَ الوَكِيلُ عنِ الوَكَالَةِ [١٢/٥٠٠د] بالإقْرارِ في غيرِ مَجلسِ القَضَاءِ؛ لا

(١) وقع بالأصل: «والوصي». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

قَالَ: وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ، فَوَكَّلَهُ صَاحِبُ المَالِ بِقَبْضِهِ عَنِ الغَرِيمِ؛ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ مَنْ يَعْمَلُ لِغَيْرِهِ، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا صَارَ

غاية البيان

يُدْفَعُ المالُ إليْهِ.

ومسألةُ التَّوْكِيلِ بالخُصُومَةِ مِن مسائِلِ «طريقة الخلاف»[1]، قد بيَّناها بِحسبِ ما لاحَ لَنا، فمنْ طلَبَ المزيدَ فعليْه بكُتُبِ المتقدِّمِينَ ﷺ.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ كَفَلَ بِمَالٍ عَنْ رَجُلٍ، فَوَكَّلَهُ صَاحِبُ المَالِ بِقَبْضِهِ عَنِ الغَرِيمِ؛ لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا)، أيْ: قالَ في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيهِ: «محمَّدٌ عَن يعْقوبَ عَن أبِي حَنِيفَةَ: في رَجُلٍ عليْهِ مالٌ لرَجُلٍ، فكفَلَ بِه عنهُ إنسانٌ، فوكَّلَ صاحبُ المالِ الكَفِيلَ بقَبْضِه مِنَ الغَرِيمِ. قالَ: لا يكونُ وَكِيلًا في ذلِكَ أبدًا»[2]. هذا لفْظُ محمَّدٍ [٦/٤٨و/م] فيهِ.

وإنَّما لَمْ تصحَّ الوَكَالَةُ لوجهَيْنِ:

أحدُهما: أنَّ الوَكِيلَ هوَ العاملُ لغيرِه بسبيلِ النِّيابَةِ، وهذا عاملٌ لِنفسِه؛ لأنَّه بقَبْضِ الدَّيْنِ عنِ الغَرِيمِ يُبَرِّئُ ذمةَ نفْسِه عنِ الضَّمَانِ، وبيْنَ الأمرَيْنِ تضادٌّ، فَلا تصحُّ الوَكَالَةُ.

والثَّاني: أنَّ الكَفِيلَ ضَمِينٌ، والوَكِيلُ أَمِينٌ، فَلا تصحُّ الوَكَالَةُ لئَلَّا يلزمَ أنْ يكونَ الضَّمينُ أمينًا، وهذا لأنَّ قبولَ قولِ الأَمينِ واجبٌ، وقبولُ قولِ الضَّمِينِ ليسَ بِواجبٍ؛ لأنَّه يدَّعِي بَرَاءَةَ نفسِه، فإذا انتفَى قبولُ قولِ هَذا الوَكِيلِ لكونِه كَفِيلًا؛ انتفَتِ الوَكَالَةُ أيضًا [١٢/٥٠ظ/د]؛ لأنَّ انتِفاءَ اللَّازمِ يستلْزِمُ انتفاءَ الملْزومِ.

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: «نظيرُ هذا ما ذكرَ في المَأْذُونِ أنَّ المَوْلَى

(١) ينظر: «طريقة الخلاف» للعلاء السمرقندي [ص/٤١٣ - ٤١٤].

(٢) ينظر: «الجامع الصغير / مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٥].

عَامِلًا لِنَفْسِهِ فِي إِبْرَاءِ ذِمَّتِهِ ....

غاية البيان

إذا أعتقَ عبْدَه المَأذُونَ المَدْيُونَ؛ ضَمِنَ [٢/٣١٥و] قيمتَه، والعبدُ يُطالِبُ بِجميعِ الدَّيْنِ؛ كأنَّ المَوْلَىٰ كَفِيلٌ عنهُ، فإنْ وَكَّلَ الطالبُ المَوْلَىٰ بقَبْضِ الدَّيْنِ مِن العبدِ؛ كانَ باطلًا؛ لأنَّ المَوْلَىٰ في قبْضِ الدَّيْنِ عَن العبدِ عاملٌ لنفسِه، فَلا يَصْلُحُ وَكِيلًا عَن غيرِه».

قالَ في كتابِ المَأْذُونِ مِن «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «المَوْلَىٰ إذا أعتقَ عبْدَه المَدْيُونَ جازَ عِتقُه؛ لأنَّ مِلْكَه باقٍ فيهِ، والغُرَمَاءُ بِالخِيَارِ: إنْ شاءُوا اتَّبعوا العبدَ بالدَّيْنِ، وإنْ شاءُوا اتَّبعوا المَوْلَىٰ بالأقلِّ مِن قيمتِه ومِن الدَّيْنِ، سواءٌ كانَ عالمًا بالدَّيْنِ أوْ لَمْ يكُنْ، بخِلافِ الجنايةِ فإنَّ العبدَ إذا جنَىٰ فأعتقَه المَوْلَىٰ، إنْ كانَ عالمًا بالجنايةِ صارَ مُختارًا للفداءِ، وإنْ كانَ غيرَ عالمٍ لَمْ يلزمْه شيءٌ إلَّا قَدْر القِيمَةِ لا غيرُ، وفي بابِ الدَّيْنِ تلزمُه القِيمَةُ وإنْ كانَ عالمًا.

والفرْقُ بينَهما: أنَّ الضَّمَانَ وجَبَ على المَوْلَىٰ في الجنايةِ؛ لأنَّه عاقلتُه، إلَّا أنَّه كانَ يتخلَّصُ منهُ بِالدَّفعِ، فبِالعتقِ أبطلَ حقَّ الدَّفعِ، فصارَ مُختارًا للدِّيَةِ إنْ كانَ [١٢/١٥١و/د] عالمًا، وأمَّا في الدَّيْنِ: فهوَ في ذِمَّةِ العبدِ، ألا تَرىٰ أنَّه يُباعُ فيه، والمَوْلَىٰ أبطلَ حقَّ البَيْعِ، ولو بِيعَ لا يكونُ إلَّا قَدْر القِيمَةِ؛ لأنَّه في الظَّاهرِ لا يُشْتَرَىٰ بأكثرَ مِنَ القِيمَةِ، فلذلِكَ لزِمَتِ القِيمَةُ.

وفي مسألتِنا: لوِ اختارَ اتباعَ المَوْلَىٰ لا يكونُ إبراءً للعبدِ، ولوِ اتبعَ العبدَ لا يكونُ [ذلِكَ][1] إبراءً لِلمَوْلَىٰ، بخلافِ الغَاصِبِ وغاصبِ الغَاصِبِ إذا اختارَ المَغْصُوبُ منهُ تضمينَ أحدِهِما انقَطعَ حقُّه عنِ الآخرِ.

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض». وليست بمُثْبَتة في: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيجَابِيِّ [٢/ق٢٠٣/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)]. أو [٢/ق٢٨٥/ب/ مخطوط مكتبة الحرم المكي/ (رقم الحفظ: ١٩٣٥)].

....

والفرقُ بينهُما: أنَّ هناكَ وجَبَ على كلِّ واحدٍ منهُما على طريقِ الأصالةِ، فإذا ضَمَّنَ أحدَهُما؛ [فقدْ][(١)] [٦/٨٤ظ/م] ملكَه، فبَعْدَ التَّمليكِ لا يَملِكُ الرُّجُوعَ عنه.

وأمَّا هٰهُنا: الدَّيْنُ وجَبَ على العبدِ، إلَّا أنَّه وجَبَ على المَوْلَى على سبيلِ الكَفَالَةِ؛ إذْ ليسَ في هذا التَّضمينِ تمليكُ الدَّيْنِ مِن المَوْلَى، فيَثْبُتُ أنَّه كالكفيلِ، ومَن طالَبَ الكَفِيلَ أو المكفولَ عنهُ لا يكونُ في ذلِكَ إبراءٌ للآخرِ، فلِذلِكَ افترَقا»[(٢)]. إلى هُنا لفْظُ الإمامِ الأَسْبِيجَابيِّ في «**شرْح الطَّحَاوِيِّ**».

وقالَ الشيخُ أبو المُعِينِ النَّسَفِيُّ - في البابِ الثاني مِن كتابِ الوَكَالَة مِن «**شرح** [١١/١٥١ظ/د] **الجامع الكبير**» -: «رَجُلٌ لَه على آخرَ ألفُ درهمٍ، ورَجُلٌ بها كَفِيلٌ، فأمَرَ ربُّ المالِ أحدَهُما أن يُبْرِئَ صاحبَه، فأبرَأَه؛ جازَ، أمَّا إذا وَكَّلَ الأَصِيلَ بإبراءِ الكَفِيلِ؛ فلأنَّه وَكَّلَه بإبراءِ غيرِه عنِ الدَّيْنِ، لا بإبْراءِ نفْسِه، فإنَّ بَرَاءَةَ الكَفِيلِ لا تُوجِبُ بَرَاءَةَ الأَصِيلِ، والتَّوْكِيلُ بإبراءِ الغَيرِ جائزٌ.

وأمَّا إذا وَكَّلَ الكَفِيلَ بإبراءِ الأَصِيلِ؛ فلأنَّه وَكَّلَ الكَفِيلَ بإبْراءِ ما عليْه تبعًا لغيرِه، وهوَ بَرَاءَةُ الأَصِيلِ، ولوْ وَكَّلَه بإبراءِ مَا عليْهِ مقْصودًا؛ جازَ، فَهذا أَوْلَى، وكذلِكَ عبْدٌ عليهِ دَيْنٌ أمَرَ ربُّ المالِ أنْ يُبْرِئَه المَوْلَى؛ لأنَّه أمَرَ المَوْلَى بإبْراءِ غيرِه، ولوْ أمَرَ بإبراءِ نفْسِه صحَّ، فَهذا أَوْلَى».

وقبْلَ هذا أَوْرَدَ سؤالًا وجوابًا في إبراءِ النَّفْسِ فَقالَ:

«فإنْ قيلَ: الوَكِيلُ مَن يكونُ عامِلًا لغيرِه وهوَ عاملٌ لنفْسِه.

---

(١) ما بين المعقوفتين: في «م»: «نفذ».

(٢) ينظر: «شرح الطَّحَاوِيِّ» للأَسْبِيجَابيِّ [٢/ق٢٠٣/أ/ مخطوط مكتبة شهيد علي - تركيا/ (رقم الحفظ: ٨١٦)].

فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ، وَلِأَنَّ قَبُولَ قَوْلِهِ مُلَازِمٌ لِلْوِكَالَةِ لِكَوْنِهِ أَمِينًا، وَلَوْ صَحَّحْنَاهَا لَا يُقْبَلُ لِكَوْنِهِ مُبَرِّئًا نَفْسَهُ فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لَازِمِهِ، وَهُوَ نَظِيرُ عَبْدٍ مَدْيُونٍ أَعْتَقَهُ مَوْلَاهُ حَتَّىٰ ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ وَيُطَالَبُ الْعَبْدُ بِجَمِيعِ الدَّيْنِ، فَلَوْ وَكَّلَهُ الطَّالِبُ بِقَبْضِ الْمَالِ عَنْ الْعَبْدِ كَانَ بَاطِلًا لِمَا بَيَّنَّاهُ.

قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ، فَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ؛ أُمِرَ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ عَلَىٰ نَفْسِهِ لِأَنَّ مَا يَقْضِيهِ ....

غاية البيان

قيلَ له: إنْ كانَ عامِلًا لنفسِه مِن حيثُ إنَّه يُفَرِّغُ ذمَّتَه مِنَ الدَّيْنِ؛ فهُو عاملٌ لربِّ المالِ مِن حيثُ إنَّه يُسْقِطُ دَيْنَه عَن نفسِه، فيَصْلُحُ وَكِيلًا مِن حيثُ إنَّه يعْمَلُ لربِّ المالِ، إنْ كانَ لا يَصْلُحُ مِن حيثُ إنَّه يعْمَلُ لنفسِه، وقَد وردَ الأمرُ [١٢/٥٢و/د] بهذا، فإنَّ الشَّرْعَ وردَ بتخْييرِ المرأةِ في باب الطَّلَاق، والمُخَيَّرَةُ فيما تَختارُ نفْسَها عاملةٌ لنفسِها مِن وَجْهٍ ولزَوْجِها من وَجْهٍ». والبَاقِي يُعْلَمُ في «شروح الجامع الكبير».

قولُه: (لَمْ يَكُنْ وَكِيلًا فِي ذَلِكَ أَبَدًا)، أيْ: قبْلَ بَرَاءَةِ الكَفِيلِ وبعدَها.

قولُه: (فَانْعَدَمَ الرُّكْنُ)، أيْ: رُكْنُ الوَكَالَةِ، وهوَ العملُ للغَيرِ.

قولُه: (فَيَنْعَدِمُ بِانْعِدَامِ لَازِمَتِهِ)، أيْ: ينعدِمُ التَّوْكِيلُ، يعْني: لا يصحُّ بانعِدامِ لازِمَةِ التَّوْكِيلِ، وهيَ قبولُ [٢/٣١٥ظ] قولِ الوَكِيلِ؛ لأنَّ الملْزومَ ينْتَفِي بانتِفاءِ اللَّازِمِ.

قولُه: (ضَمِنَ قِيمَتَهُ لِلْغُرَمَاءِ)، أي: ضَمِنَ المَوْلَىٰ قَدْرَ قِيمَةِ العبدِ، سواءٌ كانَ مُوسِرًا أوْ مُعْسِرًا.

قولُه: (فَلَوْ وَكَّلَهُ)، الضميرُ راجعٌ إلىٰ المَوْلَىٰ.

قولُه: (لِمَا بَيَّنَّاهُ)، وهوَ أنَّه يَصيرُ عامِلًا لنفسِه؛ لأنَّه مُبْرِئٌ نفْسَه.

قولُه: (قَالَ: وَمَنِ ادَّعَىٰ [٦/٤٩و/م] أَنَّهُ وَكِيلُ الْغَائِبِ فِي قَبْضِ دَيْنِهِ، فَصَدَّقَهُ الْغَرِيمُ؛ أُمِرَ بِتَسْلِيمِ الْمَالِ إِلَيْهِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»، وتمامُه

غاية البيان

نِهِ: «فإنْ حضرَ الغائبُ فصَدَّقَه، وإلَّا دفعَ إليه الغَرِيمُ الدَّيْنَ ثانيًا، ويَرْجِعُ بِه على الوَكِيلِ إنْ كانَ باقيًا في يدِه»(١).

والأمرُ بتَسليمِ الدَّيْنِ إلى الوَكِيلِ مذهبُنا، وقالَ الشَّافِعِيُّ: لا يُجْبَرُ على [١٢/٥٢ظ/د] التَّسْلِيمِ(٢). كذا في «شرْح الأقطع»(٣).

وإذا ادَّعَىٰ أنَّه وَصِيُّ الميتِ: فالصَّحيحُ أنَّه لا يُجْبَرُ بِالتَّسليمِ إليْه، وحكَى الخَصَّافُ بضِدِّه؛ لأنَّه يلزمُ إسقاطُ ولايةِ القاضي(٤) الَّتي ثبتَتْ بثبوتِ الموتِ.

وَجْهُ قولِنا: أنَّ المَدْيُونَ أقرَّ للوكيلِ بحقٍّ، وهوَ اسْتِحْقَاقُ القَبْضِ، وليسَ فيهِ إبطالُ حقِّ الغائبِ، بلْ [هوَ](٥) إقْرارٌ على نفسِه في خالصِ مالِه، فيُصَدَّقُ ويُجْبَرُ على التَّسْلِيمِ إذا أبَىٰ، كما لوْ أقرَّ لَه بِدَيْنٍ [ثمَّ أبَىٰ أن يدْفعَ](٦)، وكما إذا صدَّقَه في دعْواهُ أنَّه وَارِثُ الميتِ لا وَارِثَ لَه غيرُه.

فَإنْ قُلْتَ: يَرِدُ على هذا: الوَكِيلُ بقَبْضِ الوَدِيعَةِ، فإنَّ المُودَعَ إذا صدَّقَه ثمَّ أبَىٰ أنْ يدْفَعَ إليْه؛ لا يُجْبَرُ على التَّسْلِيمِ إليْه.

قُلْتُ: إنَّما لَمْ يُجْبَرِ المُودَعُ على التَّسْلِيمِ لأنَّه أقرَّ بثبوتِ الحقِّ في القَبْضِ في مِلْكِ الغَيرِ؛ لأنَّ الوَدِيعَةَ مِلْكُ الغَيرِ، فَلا يصحُّ إقرارُه في مِلْكِ الغَيرِ، فلأجْلِ هذا لَمْ يُجْبِرْه القاضي على التَّسْلِيمِ، بخِلافِ الدَّيْنِ، فإنَّ إقْرارَه بحقِّ القَبْضِ وقَعَ في

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٧].

(٢) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٤/٢٣٠]. و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [٢/١٧٦].

(٣) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٦٨].

(٤) في «غ»، و«م»، و«تح»: «ولاية الوصي».

(٥) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٦) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

....

مِلْكِ نفسِه لا في مِلْكِ الغَيرِ؛ لأنَّ الدُّيُونَ تُقْضَىٰ بأمثالِها لا بأعْيانِها.

وكانَ إقرارُه صحيحًا، فأُجْبِرَ علىٰ الدَّفعِ، وليسَ كذلِكَ إذا كذَّبَه في الوَكَالَةِ؛ فإنَّه لا يُجْبَر علىٰ التَّسليمِ؛ لأنَّه لم تَثْبُتِ الوكالةُ أصلًا، لا في حقِّ الغائبِ، ولا في حقِّ المَدْيُونِ، وفي التَّصديقِ ثبتَتِ الوَكَالَةُ في حقِّ المَدْيُونِ، وإنْ لَمْ تَثْبُتْ في حقِّ ربِّ المالِ [١٢/٥٣و/د]، فأُجْبِرَ علىٰ الدَّفعِ، كما إذا أقرَّ أنَّ صاحبَ الدَّيْنِ ماتَ وهذا ابنُه؛ لَمْ يَثْبُتِ النَّسَبُ في حقِّ صاحبِ الدَّيْنِ، ومعَ هذا يُؤْمَرُ بالدَّفعِ إليْه؛ لأنَّ النَّسَبَ ثبتَ في حقِّ المُقِرِّ.

قالَ[1]: «فإنْ حضرَ الغائبُ فصدَّقَه، وإلَّا دفعَ الغَرِيمُ الدَّيْنَ ثانيًا، وذلِكَ لأنَّ الغائبَ لمَّا لَمْ يُصَدِّقْه في دعْوىٰ بَرَاءَةِ ذِمَّتِه عنِ الحقِّ؛ لَمْ يصحَّ الأداءُ، فأُمِرَ بالدَّفعِ ثانيًا إلىٰ المُوَكِّلِ»[2].

قالَ في «**شرْح أدب القاضي**» ـ في بابِ [٦/٤٩ظ/م] إثْبات الوَكَالَة ـ: «كانَ لِلغَرِيمِ أنْ يُحَلِّفَه باللهِ ما قَبَضَ فلانُ بنُ فُلانٍ الفُلانيُّ هذا المالَ بأمْرِكَ ووكالتِك؛ لأنَّ الغَرِيمَ يدَّعِي عليه ما لوْ أقرَّ بِه لزِمَه، فإذا أنكرَ يُسْتَحْلَفُ، فإنْ حلفَ كانَ لَه أنْ يَرْجِعَ علىٰ الغَرِيمِ، والغَرِيمُ يَرْجِعُ عَلىٰ الوَكِيلِ، فيأْخُذُ ما دفعَ إليْه إنْ كانَ قائمًا في يدِه؛ لأنَّ الوَكِيلَ أخَذَه للغيرِ، وذلِكَ الغَيرُ قدْ أخذَ حقَّه ثانيًا، فوَجَبَ للغَرِيمِ رَدُّ ما قبَضَه؛ لأنَّ غرَضَه ـ وهوَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِه ـ لَمْ يحْصُلْ بِالدفْعِ أوَّلًا.

وإنْ ضاعَ المالُ في يدِه ليسَ لِلغَرِيمِ أنْ يَرْجِعَ علىٰ الوَكِيلِ؛ لأنَّه لَمَّا صَدَّقَه في الوَكَالَةِ اعتقدَ [١٢/٥٣ظ/د] أنَّه أمينٌ في القَبْضِ، ولكنَّ المُوَكِّلَ يَظْلِمُه فيما يُطَالِبُه ثانيًا، فلَمَّا كانَ أمينًا كانَ مُحِقًّا في القَبْضِ، ثمَّ لَمَّا أخذَ الغَرِيمُ مِنَ الوَكِيلِ؛ كانَ

(١) يعني: الخَصَّاف.

(٢) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخَصَّاف [٣/٤١٢ ـ ٤١٣].

....

ذلِكَ ظُلْمًا، فَلا يَجوزُ لأحدٍ أنْ يظْلِمَ غيرَه وإنْ كانَ هُو مظْلومًا، وهذا معْنىٰ قولِه: (وَالمَظْلُومُ لَا يَظْلِمُ)، وإن نَكَلَ الطَّالبُ عنِ اليَمِينِ كانَ ذلِكَ بمنزلةِ الإقْرارِ، فَلا يكونُ لَه بعدَ ذلِكَ سبيلٌ لا علىٰ المطْلوبِ، ولا علىٰ أحدٍ غيرِه.

ثمَّ الغائبُ إذا لَمْ يُصدِّقِ الوَكِيلَ ليسَ له أنْ يُطالِبَ [٣١٦/٢و] الوَكِيلَ، وقالَ بعضُ أصحابِ الشَّافِعِيِّ: إنْ شاءَ ضَمَّنَ الوَكِيلَ[1].

قالَ الشَّيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ[2]: «وهذا لا يصحُّ؛ لأنَّ حقَّه في ذمَّةِ الغَرِيمِ لَمْ يتغَيَّرْ بِالدَّفعِ، فكانَ لَه اتباعُ الذِّمَّةِ، فأمَّا الوَكِيلُ: فإنَّما قبَضَ مالَ الدَّافِعِ، فَلا سبيلَ لِصاحبِ الدَّيْنِ عليْهِ.

فإنْ قيلَ: إنَّ الوَكِيلَ قدِ اعترَفَ أنَّه قبَضَ مالَ صاحبِ الحقِّ، وأنَّه ائتمَنَه عليْه، فإذا لَمْ يُقْبَلْ قولُه في الأَمَانَةِ؛ بقِيَ قبْضُه لمالِ غيرِه بغيرِ أمْرِه، فيَضْمَنُ.

قِيلَ لَه: لَمَّا كَذَّبَه في هذا الإِقْرَارِ سقَطَ حُكْمُ الإِقْرَارِ، وصارَ كأنَّه لَمْ يكُنْ، فَلا يتعَلَّقُ بِه حُكْمٌ».

وقالَ الخَصَّافُ في «أدب القاضي»: «وإنْ أَقَرَّ الغَرِيمُ بالدَّينِ وجحدَ الوَكَالَةَ، فطلبَ الوَكِيلُ يمينَه علىٰ العِلْمِ؛ لَمْ يُحَلَّفْ عليْهِ عندَ أبي حَنِيفَةَ ﷺ، وقالَ [١٢/٥٤و/د] أبو يوسُفَ ﷺ: يُحَلَّفُ بِاللهِ ما يعْلَمُ أنَّ الطَّالبَ وَكَّلَه بقَبْضِ ذلِكَ منهُ»[3].

وذكرَ في «شرح أدب القاضي» قولَ محمدٍ معَ أبي يوسُفَ.

وَجْهُ قولِهما: أنَّ الوَكِيلَ يدَّعِي عليهِ ما لوْ أقَرَّ بِه لزِمَه، فإذا جحدَ يُسْتَحْلَفُ؛

---

(١) ينظر: «التهذيب في فقه الإمام الشافعي» للبغوي [٢٣٠/٤]، و«المهذب في فقه الإمام الشافعي» للشيرازي [١٧٦/٢].

(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [ق/٣٦٨].

(٣) ينظر: «أدب القاضي/ مع شرح الصدر الشهيد» للخصاف [٤١٤/٣].

....

لِيُقامَ نُكُولُه مقامَ إقْرارِه.

ووَجْهُ قولِ أبي حَنِيفَةَ: أنَّ اليَمِينَ إنَّما يُبْتَنَىٰ علىٰ خُصُومَةٍ مُتوجِّهةٍ، والخُصُومَةُ لَمْ تصحَّ؛ لأنَّه إنَّما يكونُ خصمًا إذا ثبَتَ كونُه [٦/٥٥و/م] وَكِيلًا، ولَمْ يَثْبُتْ، واليَمِينُ لا تُسْتَحقُّ علىٰ الإنسانِ مِن غيرِ خَصْمٍ.

قالَ شمسُ الأئمَّةِ السَّرَخْسِيُّ في «شرح أدب القاضي»: «وهذِه المسألةُ في الحقيقةِ تُبْتَنَىٰ علىٰ أنَّ النُّكُولَ بذْلٌ أو إقْرارٌ؟

فعندَهُما: إقْرارٌ، فكلُّ ما يعْمَلُ فيهِ الإقْرارُ يعْمَلُ فيهِ النُّكُولُ، ولوْ أقرَّ المطلوبُ بأنَّ هذا الرَّجُلَ وَكِيلُ الطَّالبِ؛ فإنَّه يصحُّ منهُ، ويُجْبَرُ علىٰ الدَّفعِ، وكذلِكَ يُحَلَّفُ لِيَنْكُلَ، فيُجْبَرُ علىٰ الدَّفعِ إليْهِ.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ: النُّكُولُ بذْلٌ، فما لا يعْمَلُ فيهِ البذْلُ؛ لا يعْمَلُ فيهِ النُّكُولُ، وبذْلُ المطلوبِ الوَكَالَةَ بِهذا المعْنىٰ لا يصحُّ[1]، وإذا لَمْ يصحَّ فيه البذْلُ لا فائدةَ في النُّكُولِ الَّذي هَو بذْلٌ، فلا يُحَلَّفُ».

قالَ: (إلَّا أنْ يَكُونَ ضَمَّنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ)، هذا استثناءٌ مِن قولِه: (وَإِنْ [١٢/٥٤ظ/د] كَانَ ضَاعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ)، أيْ: إذا ضاعَ المالُ في يدِ الوَكِيلِ لا يَرْجِعُ المطْلوبُ عليْه إذا أخذَه الطَّالبُ منهُ ثانيًا، إلَّا إذا جعَلَ المطْلوبُ الوَكِيلَ ضامنًا عندَ الدَّفعِ إليْه وقالَ: اضْمَنْ لي ما دفعْتُ إليْكَ، حتَّىٰ إذا أخذَ منِّي الطالبُ ثانيًا؛ آخُذُ ما دفعتُه إليكَ منكَ، فحينَئذٍ يَرْجِعُ علىٰ الوَكِيلِ وإنْ كانَ صَدَّقَه علىٰ الوَكَالَةِ، وذلِكَ لأنَّ المأْخوذَ ثانيًا مَضْمُونٌ علىٰ ربِّ الدَّيْنِ في زعْمِ المَدْيُونِ والوَكِيلِ؛ لأنَّ آخرَ الدَّيْنَيْنِ يكونُ قَضاءً عنِ الأوَّلِ، فكانَ التَّضمينُ كَفَالَةً مضافةً إلىٰ حالِ قبْضِ

---

(١) أي: بذْلُ المطلوب الوكالةَ مِن جهة المُوَكِّل الغائب لا يصح. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

خَالِصُ مَالِهِ فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ فَصَدَّقَهُ وَإِلَّا دَفَعَ إِلَيْهِ الْغَرِيمُ الدَّيْنَ ثَانِيًا لِأَنَّهُ لَمْ

غاية البيان

ربُّ الدَّيْنِ ثانيًا، فصَحَّتِ الكَفَالَةُ، كما إذا كفلَ بما ذابَ على فُلانٍ - أي: بما يجبُ عليْه - فإنَّها كَفَالَةٌ مضافةٌ إلى وجوبٍ في المستقبلِ، فكذا هذه فافْهَمْ.

قالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرْح الكافي» لِلحاكمِ الشَّهيدِ - في باب الوَكَالَة في الدَّيْنِ -: «فإنْ ضاعَ المالُ في يدِه؛ رَجَعَ بِه عليْه الغَرِيمُ؛ لأنَّه قبَضَهُ بغَيرِ حقٍّ، فكانَ مَضْمُونًا عليْه إنْ كانَ كَذَّبَه، أوْ لَمْ يُصَدِّقْه ولَمْ يُكَذِّبْه، أوْ صَدَّقَه وضَمَّنه؛ لأنَّه دفعَ إليْه على ظَنِّ أنَّه وَكِيلٌ، فإذا أخلفَ ذلكَ الظَّنُّ؛ ظهَرَ أنَّه لَمْ يكُنْ [١٢/٥٥و/د] راضِيًا بقَبْضِهِ، وإنْ صَدَّقَهُ ولَمْ يُضَمِّنْهُ؛ لَمْ يَرْجِعْ بِه عليْهِ؛ لأنَّه يزعُمُ أنَّ قبْضَه وقَعَ بحقٍّ، فَلا يسْتَحقُّ الرُّجُوعَ عليْه». إلى هُنا لَفْظُ شيخِ الإسْلامِ الأَسْبِيجَابِيِّ.

[٦/٥٠ظ/م] **قولُه: (فَصَدَّقَهُ الغَرِيمُ)**، أي: المَدْيُونُ.

قولُه: (بِتَسْلِيمِ المَالِ)[1]، أيِ: الدَّيْنِ، وفي أكثرِ [٢/٣١٦ظ] النُّسَخِ قالَ: «بِتَسْلِيمِ الدَّيْنِ»[2].

قولُه: (خَالِصُ مَالِهِ)، أي: مال المَدْيُون.

(١) هذا لَفْظ المطبوع من «الهداية» للمرغيناني [٣/١٥٠]، وكذا في نسخة القَسْطَمونيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٦٩/ب/ مخطوط مكتبة ولي الدين أفندي - تركيا]، وفي نسخة الأرْزَكانيِّ مِن «الهداية» [٢/ق٧٠/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]، في نسخة البَايِسُوني من «الهداية» [ق/١٣٠/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]. وفي نسخة الشَّهْرَكَنْديِّ (المقروءة على أكمل الدين البابرتيِّ) من «الهداية» [ق/١٩٨/أ/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]. وفي نسخة القاسِميِّ مِن «الهداية» [ق/١٩٧/ب/ مخطوط مكتبة كوبريلي فاضل أحمد باشا - تركيا]، وفي نسخة نصر الله الحنفي مِن «الهداية» [٢/ق/٦٦/أ/ مخطوط مكتبة جامعة برنستون - أمريكا/ (رقم الحفظ: ٣٥٩٤)].

(٢) وهذا هو المثْبَت في النسخة التي بخطِّ المؤلف مِن «الهداية» [٢/ق٦٦/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي - تركيا]، وأشار إليه الشَّهْرَكَنْديُّ في حاشية نُسْخته.

يَثْبُتُ الِاسْتِيفَاءُ حَيْثُ أَنْكَرَ الوِكَالَةَ، وَالْقَوْلُ فِي ذَلِكَ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ فَيَفْسُدُ الْأَدَاءُ وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الوَكِيلِ إنْ كَانَ بَاقِيًا فِي يَدِهِ لِأَنَّ غَرَضَهُ مِنْ الدَّفْعِ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ وَلَمْ يَحْصُلْ فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ.

وَإِنْ كَانَ ضَاعَ فِي يَدِهِ لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ بِتَصْدِيقِهِ اعْتَرَفَ أَنَّهُ مُحِقٌّ فِي الْقَبْضِ وَهُوَ مَظْلُومٌ فِي هَذَا الْأَخْذِ، وَالْمَظْلُومُ لَا يَظْلِمُ غَيْرَهُ.

قَالَ (إلَّا أَنْ يَكُونَ ضَمِنَهُ عِنْدَ الدَّفْعِ) لِأَنَّ الْمَأْخُوذَ ثَانِيًا مَضْمُونٌ عَلَيْهِ فِي زَعْمِهِمَا، وَهَذِهِ كَفَالَةٌ أُضِيفَتْ إلَى حَالَةِ القَبْضِ فَتَصِحُّ بِمَنْزِلَةِ الْكَفَالَةِ بِمَا [٦٦/و] ذاب لَهُ عَلَى فلان.

وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ وَدَفَعَهُ إلَيْهِ ....

غاية البيان

قولُه: (أَنْكَرَ الوِكَالَةَ)، أي: أنكرَ المُوَكِّلُ.

قولُه: (وَالقَوْلُ فِي ذَلِكَ)، أي: في إنكارِ الوَكَالَةِ.

قولُه: (مَعَ يَمِينِهِ)، أيْ: قولُ الغائبِ، وهوَ مُنْكِرُ الوَكَالَةِ.

قولُه: (وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الوَكِيلِ)، أيْ: يَرْجِعُ المَدْيُونُ بِما أَدَّىٰ إلى الوَكِيلِ على الوَكِيلِ.

قولُه: (فَلَهُ أَنْ يَنْقُضَ قَبْضَهُ)، أيْ: فَللمَدْيونِ أنْ يَنْقُضَ قَبْضَ الوَكِيلِ.

قولُه: (مَضْمُونٌ عَلَيْهِ)، أي: على ربِّ الدَّيْنِ.

قولُه: (فِي زَعْمِهِمَا)، أيْ: في زَعْمِ المَدْيُونِ والوَكِيلِ.

قولُه: (إلَى حالَةِ القَبْضِ)، أيْ: قبْضِ ربِّ الدَّيْنِ ثانيًا.

قولُه: (وَلَوْ كَانَ الغَرِيمُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الوِكَالَةِ)، هذا إذا لَمْ يُصدِّقْه، ولَمْ يُكَذِّبْه أيضًا؛ لأنَّ صورةَ التَّكذيبِ تَجِيءُ بعدَ هَذا عندَ قولِه: (وَكَذَا إذَا دَفَعَهُ إلَيْهِ

عَلَىٰ ادِّعَائِهِ، فَإِنْ رَجَعَ صَاحِبُ الْمَالِ عَلَى الْغَرِيمِ رَجَعَ الْغَرِيمُ عَلَى الْوَكِيلِ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُصَدِّقْهُ عَلَى الْوِكَالَةِ، وَإِنَّمَا دَفَعَ إِلَيْهِ عَلَىٰ رَجَاءِ الْإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ، وَكَذَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَيْهِ عَلَى تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الْوِكَالَةِ. وَهَذَا أَظْهَرُ لِمَا قُلْنَا، وَفِي الْوُجُوهِ كُلِّهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ الْمَدْفُوعَ حَتَّى يَحْضُرَ الْغَائِبُ

غاية البيان

عَلَىٰ تَكْذِيبِهِ إِيَّاهُ فِي الوِكَالَةِ).

قولُه: (عَلَىٰ ادِّعَائِهِ)، أي: عَلىٰ دعوىٰ الوَكيلِ.

قولُه [١٢/٥٥ظ/د]: (وَهَذَا أَظْهَرُ)، أي: رجوعُ الغَرِيمِ عَلى الوَكِيلِ في صورةِ الدَّفعِ معَ التَّكذيبِ أظهرُ مِن رجوعِه عليهِ في الصُّورتَيْنِ الأُولَيَيْنِ، وهُما إذا دفعَه معَ التَّصديقِ والتَّضمينِ، وإذا دفعَه مِن غيرِ تصديقٍ ولا تكذيبٍ؛ لأنَّه لَمَّا ثبتَ الرُّجُوعُ فيهِما معَ عدمِ التَّكذيبِ، فمَعَ التَّكذيبِ أَوْلَىٰ؛ لأنَّ الوَكِيلَ في حقِّ المَدْيُونِ كالغَاصِبِ.

قولُه: (لِمَا قُلْنَا)، إشارةٌ إلىٰ قولِه: (دَفَعَ إِلَيْهِ عَلَىٰ رَجَاءِ الإِجَازَةِ، فَإِذَا انْقَطَعَ رَجَاؤُهُ رَجَعَ عَلَيْهِ).

قولُه: (وَفِي الوُجُوهِ كُلِّهَا لَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرِدَّ المَدْفُوعَ حَتَّى يَحْضُرَ الغَائِبُ)، ذكرَ هذا تفريعًا علىٰ مسألةِ القُدُورِيِّ، وأرادَ بِها: الوجوهَ الأربعةَ المذكورةَ:

وهيَ الدَّفعُ معَ التَّصديقِ بِلا تضمينٍ، والدَّفعُ معَ التَّصديقِ والتَّضمينِ، والدَّفعُ بِلا تصديقٍ ولا تكذيبٍ، والدَّفعُ معَ التَّكذيبِ.

قالَ الحاكمُ الشهيدُ في «مختصر الكافي»: «وإذا ادَّعىٰ الرَّجُلُ أنَّ فلانًا وَكَّلَه بقبْضِ دَيْنِه علىٰ هذا، فلَمْ يُقِرَّ الغَرِيمُ بِهِ، ودَفَعَ المالَ إليْهِ علىٰ الإنكارِ، ثمَّ أرادَ أنْ يَسْتَرِدَّه منهُ؛ لَمْ يكُن لَه ذلِكَ؛ لأنَّه دفعَه علىٰ وَجْه القَضاءِ»[1].

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ في [١٢/٥٦و/د] [٦/٥١و/م] «شرحه»:

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/ ٣٢٥].

لِأَنَّ الْمُؤَدَّىٰ صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا أَوْ مُحْتَمَلًا فَصَارَ كَمَا إِذَا دَفَعَهُ إِلَىٰ فُضُولِيٍّ عَلَىٰ رَجَاءِ الْإِجَازَةِ لَمْ يَمْلِكِ الِاسْتِرْدَادَ؛ لِاحْتِمَالِ الْإِجَازَةِ، وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِغَرَضٍ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعِ الْيَأْسُ عَنْ غَرَضِهِ.

غاية البيان

«أشارَ إلى المعنىٰ، وهوَ أنَّ الدَّفعَ وقَعَ على احتِمالِ أنْ يصيرَ قَضاءً، فما لَمْ يَبْطُلْ هذا الاحتمالُ لا يَبْطُلُ.

ولِهذا قُلنا: إنَّه لوْ دفَعَ الدَّيْنَ الَّذي عليْهِ إلى إنسانٍ على رجاءِ أنْ يُجيزَ المالِكُ؛ لَمْ يكُنْ لَه أنْ يَسْتَرِدَّه إلَّا أنْ يُجِيزَ المالِكُ؛ لأنَّ الدَّفعَ متى كانَ لغَرَضٍ، لا يُنْقَضُ معَ احتِمالِ حُصولِ الغَرَضِ».

قولُه: (لِأَنَّ الْمُؤَدَّىٰ صَارَ حَقًّا لِلْغَائِبِ، إِمَّا ظَاهِرًا أَوْ مُحْتَمَلًا).

بيانُ كونِه حقًّا لِلغائِبِ ظاهِرًا: فيما إذا كانَ الوَكِيلُ عدْلًا ظاهِرَ العَدَالَةِ، فيكونُ صادِقًا في قولِه: إنّي وَكِيلُ فلانٍ. فيكونُ ما أخَذَه حقًّا للغائبِ بالنَّظرِ إلى الظاهِرِ.

وبيانُ كونِه حقًّا للغائِبِ مُحْتملًا: فيما إذا كانَ الوَكِيلُ فاسِقًا أوْ مستورًا؛ لأنَّ قولَه يحْتَمِلُ الصدْقَ.

أوْ نقولُ: كونُه حقًّا للغائبِ ظاهرًا فيما إذا وُجِدَ التَّصديقُ مِن ربِّ المالِ بعدَ الدَّفعِ إلى الوَكِيلِ، والتَّصديقُ هوَ الظَّاهِرُ؛ لأنَّ المسْلِمَ لا يُكَذِّبُ المسْلِمَ ظاهرًا.

وكونُه حقًّا له مُحْتملًا: فيما إذا وُجِدَ التكذيبُ مِن ربِّ المالِ؛ لأنَّه يحتملُ أنَّ الوَكِيلَ صادِقٌ في قولِه، وما أخَذَه حَقٌّ لِلغائبِ.

قولُه: (وَلِأَنَّ مَنْ بَاشَرَ التَّصَرُّفَ لِغَرَضٍ لَيْسَ [١٢/٥٠٦ظ/د] لَهُ أَنْ يَنْقُضَهُ مَا لَمْ يَقَعِ الْيَأْسُ عَنْ غَرَضِهِ)، وذلِكَ لأنَّه لا يجوزُ أنْ يسْعَى الإنسانُ في نَقْضِ ما تَمَّ مِن جهَتِه؛ لأنَّه عبَثٌ، وهوَ حرامٌ، ولهذا لَمْ تكنِ الشُّفْعَةُ لوكيلِ المُشْتَرِي حتَّى لا يلزَمَ

وَمَنْ قَالَ: إِنِّي وَكِيلٌ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ، فَصَدَّقَهُ المُودَعُ؛ لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ بِمَالِ الغَيْرِ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ.

غاية البيان

[١/٣١٧و] نقضُ ما تمَّ مِن جهتِه.

قولُه: (وَمَنْ قَالَ: إِنِّي وَكِيلٌ بِقَبْضِ الوَدِيعَةِ، فَصَدَّقَهُ المُودَعُ؛ لَمْ يُؤْمَرْ بِالتَّسْلِيمِ إِلَيْهِ)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»(١)، وذلِكَ لأنَّ إقرارَه وقَعَ في مالِ الغيرِ، وهوَ لا يَمْلِكُ ذلِكَ، بخِلافِ ما إذا صدَّقَ الوَكِيلَ بقَبْضِ الدَّيْنِ حيثُ يُؤْمَرُ بالتَّسليمِ؛ لأنَّه إقْرارٌ في خالِصِ مالِه، وقدْ مَرَّ البيانُ.

قالَ القُدُورِيُّ في كتاب «التَّقريب»: «ورَوىٰ الحسنُ عَن أَبي يوسُف: أنَّه يُجْبَرُ علىٰ الدَّفعِ».

ثمَّ إذا أخذَ الوَكِيلُ الوَدِيعَةَ، فجاءَ الغائبُ فصَدَّقَهُ في الوَكَالَةِ؛ بَرِئَا جميعًا، وإنْ أنكرَ الوَكَالَةَ فقالَ: ما وكَّلْتُكَ، وحلَفَ علىٰ ذلِكَ؛ كانَ لَه أنْ يُضَمِّنَ المُودَعَ، فإذا ضَمَّنَه: فإنْ كانتِ العينُ قائمةً في يدِ الوَكِيلِ [٦/٥١ظ/م]؛ رَجَعَ بِها المُودَعُ علىٰ الوَكِيلِ، فإنْ كانتْ ضاعَتْ في يدِه، فهَل للمُودَعِ أنْ يَرْجِعَ عليْه؟ فهوَ علىٰ وجوهٍ:

أحدُها: أن يدفعَها إليْه المُودَعُ معَ التَّصديقِ بِلا تضْمينٍ، فَلا رجوعَ فيهِ؛ لأنَّ في زَعْمِه أنَّ الوَكِيلَ مُحِقٌّ في الأخْذِ، ولكنَّ المُوَكِّلَ ظلمَ بالأخْذِ ثانيًا بالتَّضْمينِ، والمرءُ مُؤاخَذٌ بزَعْمِه.

والثَّاني: أن يدفعَ بالتَّصديقِ [١٢/٥٧و/د]، وشرَطَ الضَّمَانَ احتياطًا مِن تكْذِيبِ الغائبِ، فلَه الرُّجُوعُ؛ لأنَّ ذاكَ ضَمَانٌ مُعَلَّقٌ بشَرْطٍ، وهوَ جائزٌ عندَنا، فإذا ضَمَّنَه الغائبُ؛ رَجَعَ علىٰ الوَكِيلِ لأجْلِ ضَمانِه.

والثَّالثُ: أنْ يدفعَ معَ التَّكذيبِ، فإذا ضمَّنَه الغائِبُ؛ كانَ لَه الرُّجُوعُ علىٰ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٧].

وَلَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الْوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، وَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ؛ أُمِرَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَىٰ مَالَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ، فَقَدِ اتَّفَقَا عَلَىٰ أَنَّهُ مَالُ الْوَارِثِ.

وَلَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ الْوَدِيعَةَ مِنْ صَاحِبِهَا، وَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ؛ ....

غاية البيان

الوَكِيلِ؛ لأنَّ في زَعْمِه أنَّه أخَذَه بغيرِ حقٍّ.

والرَّابعُ: أنْ يدفعَ بِلا تَصديقٍ ولا تكْذيبٍ، فإذا ضمَّنَه الغائبُ كانَ لَه الرُّجُوعُ أيضًا؛ لأنَّ الدَّفعَ كانَ على رجاءِ الإجَازَةِ مِنَ الغائبِ، فإذا انقطَعَ الرجاءُ؛ رَجَعَ على الوَكِيلِ.

قولُه: (وَلَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ مَاتَ أَبُوهُ وَتَرَكَ الْوَدِيعَةَ مِيرَاثًا لَهُ، وَلَا وَارِثَ لَهُ غَيْرُهُ، وَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ؛ أُمِرَ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ)، ذكرَه تفْريعًا على مسألةِ القُدُورِيِّ، وذلِكَ لأنَّ تَصْديقَه لَمْ يقَعْ في مِلْكِ الغَيرِ؛ لأنَّ المُودَعَ لَمْ يَبْقَ أهلًا للمِلْكِ؛ لأنَّ الموتَ يُنافِي أهليَّةَ المِلْكِ، وقدِ اتَّفَقَا على أنَّ المالَ مالُ الوَارِثِ، فَلا جَرَمَ يُؤْمَرُ المُودَعُ جَبْرًا بتسليمِ المالِ إلى الوَارِثِ.

وقولُه: (لَا يَبْقَىٰ مَالَهُ) بالنصْبِ على أنَّه حالٌ، كما في قولِه: «كَلَّمْتُهُ فَاهُ إِلَىٰ فِيَّ»[(١)]، أيْ: مُشَافهًا، يعْني: لا يَبْقَىٰ مالُ الوَدِيعَةِ مالَ أبيهِ بعدَ مَوْتِ أبيه.

قولُه: (وَلَوِ ادَّعَىٰ أَنَّهُ اشْتَرَىٰ الْوَدِيعَةَ [١٢/٥٧ظ/د] مِنْ صَاحِبِهَا، وَصَدَّقَهُ الْمُودَعُ؛

(١) يُخرِّج النحويُّون نَصْبَ: «فاه» في المثال المذكور على أوْجهٍ مِن التخريج، منها:
أ ـ أنه حالٌ، والتقدير: كَلَّمْتُهُ متشافِهَيْنِ. وقيل: كَلَّمْتُهُ مُشافهةً. وهذا التخريج قولُ سيبويه والأكثرين.
ب ـ أنه مفعول به للحال المحذوفة، والتقدير: جاعلًا فاه إلى فِيَّ، وهو قولُ الكوفيين.
ج ـ أنه منصوب على نَزْع حرْف الجَرِّ، والتقدير: مِن فيه إلى فِيَّ. ينظر: «الكتاب» لسيبويه [٣٩٢/١]. و«اللباب في علل البناء والإعراب» للعكبري [٢٨٧/١]. و«المدارس النحوية» لشوقي ضيف [ص/١٠٤].

لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ مَا دَامَ حَيًّا كَانَ إِقْرَارًا بِمِلْكِ الْغَيْرِ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِهِ فَلَا يُصَدَّقَانِ فِي دَعْوَىٰ الْبَيْعِ عَلَيْهِ.

فَإِنْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ مَالٍ، فَادَّعَىٰ الغَرِيمُ أَنَّ صَاحِبَ المَالِ قَدِ اسْتَوْفَاهُ؛ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ؛ لِأَنَّ الْوِكَالَةَ قَدْ ثَبَتَتْ وَالِاسْتِيفَاءُ لَمْ يَثْبُتْ بِمُجَرَّدِ دَعْوَاهُ فَلَا يُؤَخَّرُ الْحَقُّ.

غاية البيان

لَمْ يُؤْمَرْ بِالدَّفْعِ إِلَيْهِ)، وذكرَ هذه المسألةَ أيضًا تفريعًا على مسألة القُدُورِيِّ، ولهذا لَمْ يذكرها في «البداية»، وذلك لأن تصديقَ المُودَعِ المُشْتَرِيَ في دعوىٰ الشِّرَاء إقرارٌ منه بانتقال المِلْك مِن الغير إلىٰ الغير، ولا يصح الإقْرَارُ بمِلْك الغير؛ لأن صاحب المال ما دامَ حيًّا؛ كان أهلًا للمِلْك، فلا يُصَدَّق المُودَعُ والمُشْتَرِي في دعوَىٰ البَيْع علىٰ ربِّ المال، بخلاف المسألة الأُولَىٰ، فإنه لَمَّا صَدَّقَه في دعوى الإرْث؛ لَمْ يقَع [٦/٥٢و/م] إقرارُه في مِلْك الغير؛ لأن الميت ليس بأهْل للمِلْك.

قولُه: (فَلَا يُصَدَّقَانِ)، أي: مُدَّعِي الشِّرَاء والمُودَعُ المُصَدِّقُ (عَلَيْهِ)، أي: علىٰ المُودَع.

قولُه: (فَإِنْ وَكَّلَ وَكِيلًا بِقَبْضِ مَالٍ، فَادَّعَىٰ الغَرِيمُ أَنَّ صَاحِبَ المَالِ قَدِ اسْتَوْفَاهُ؛ فَإِنَّهُ يَدْفَعُ المَالَ)، وهذه مِن مسائل «الجامع الصغير» في البيوع.

وصورتُها فيه: «محمد عن يعقوب عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: في الرَّجُل يكون له علىٰ الرَّجُل المالُ، فوَكَّل وَكِيلًا بذلك المال، وأقام [٢/٣١٧ط] الوَكِيلُ البَيِّنَةَ عليه، وقال الذي عليه المال: قد استوفاه صاحبُه [١٢/٥٨و/د]، فإنه يقال له: ادفَع المالَ إلىٰ الوَكِيل، ثم اتَّبِعْ رَبَّ المالِ فاسْتَحْلِفه»[1]. إلىٰ هنا لَفْظ محمد في «أصل الجامع الصغير»، وذلك لأن الوَكِيل أثبَتَ حقَّ القَبْض، والغَرِيم بدعوىٰ الإيفاء يريد إبطالَ

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٥].

قَالَ: وَيَتْبَعُ رَبَّ المَالِ فَيَسْتَحْلِفُهُ رِعَايَةً لِجَانِبِهِ، وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ؛ لِأَنَّهُ نَائِبٌ.

قَالَ: وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ، فَادَّعَى البَائِعُ رِضَا المُشْتَرِي؛ لَمْ يُرَدَّ عَلَيْهِ

غاية البيان

حقّ الوَكِيل، فلا يُصَدَّق علىٰ ذلك إلا بحُجة، ولَمْ تُوجَد، وقد أمْكَنَ الجمْعُ بين الحقَّيْنِ: حقّ الوَكِيل، وحَقّ الغَرِيم، يُؤمَر بالأداء بلا تأخيرٍ إلىٰ تَحْلِيف ربِّ الدَّيْن؛ لقيام الحقِّ في الحال، ثم يَتَّبع الغَرِيمُ ربَّ الدَّيْن فيَسْتَحلِفه، فإنْ حلَفَ؛ مضَىٰ الأداءُ، وإنْ نَكَلَ؛ يَتَّبع القابضَ، فيَسْتَرِدّ ما قبَضَ، فإنْ طلبَ الغَرِيمُ يَمِينَ الوَكِيل بأنّ المُوَكّل لَمْ يَسْتَوْفِ؛ لا يُسْتَحْلَف.

قال القُدُورِيُّ في كتاب «التقريب»: «وقال زُفَر: أُحَلِّفه علىٰ عِلْمه، فإنْ أبَىٰ أنْ يَحْلِفَ خرَجَ مِن الوَكَالَة».

ولنا: أن الوَكِيل قام مقامَ المُوَكّل في الخُصُومَة، ومَن قام مقامَ غيره لا يُسْتَحْلَف فيما يُدَّعَىٰ قبلَه مِن الاسْتِيفَاء كالوَصِيّ؛ ولأن الغَرِيم يَدَّعِي [١٢/٥٨ظ/د] الإيفاءَ علىٰ المُوَكّل، واليَمِينُ عليه، فلَمْ تصح النِّيَابَةُ فيها.

وَجه قول زُفَر: أن البَيِّنَة لَمَّا جاز أنْ تُسْمَعَ علىٰ الوَكِيل لِمَا فيه مِن إسقاط حقِّه في الخُصُومَة؛ جاز أنْ يُسْتَحْلَفَ لِيَنْكُل، فيَثْبُت هذا المعنىٰ، وكما لو أقَرَّ سقطَتْ خصومتُه.

قولُه: (وَيَتْبَعُ رَبَّ المَالِ)، أي: يَتْبَع المَدْيُونُ ربَّ الدَّيْن.

قولُه: (لِجَانِبِهِ)، أي: لجانب الغَرِيم، وهو المَدْيُون.

قولُه: (وَلَا يَسْتَحْلِفُ الوَكِيلَ)، لأنه نائب؛ لأن النِّيَابَة لا تَجْرِي في الأَيْمان.

قولُه: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِعَيْبٍ فِي جَارِيَةٍ، فَادَّعَى البَائِعُ رِضَا المُشْتَرِي؛ لَمْ يُرَدَّ عَلَيْهِ

حَتَّىٰ يَحْلِفَ الْمُشْتَرِي بِخِلَافِ مَسْأَلَةِ الدَّيْنِ؛ ....

غاية البيان

حَتَّىٰ يَحْلِفَ الْمُشْتَرِي)، وهذه من مسائل البيوع في «الجامع الصغير».

وصورتُها فيه: «محمد عن يعقوب عن أبي حَنِيفَةَ ﷺ: [٦/٥٥٢ظ/م] فيمَنِ اشْتَرَىٰ جَارِيَةً، فطعَنَ بعيبٍ، فوَكَّل وَكِيلًا فغاب، وقال البَائِع: قد رَضِيَ المُشْتَرِي. قال: هذا لا أَرُدُّه حتىٰ يحْضُرَ المُشْتَرِي فيحْلِف»(١). إلىٰ هنا لفظ «أصل الجامع الصغير».

والفرْقُ بين هذه المسألة وبين المسألة الأُولَىٰ - حيث يُدْفَع المالُ إلىٰ الوَكِيل بلا تأخيرٍ إلىٰ حضور ربِّ الدَّيْن وحَلِفِه [١٢/٥٩و/د]، وفي هذه المسألة: لا يَرُدّ المَبِيعَ علىٰ البَائِع، بل يُؤَخّر الأمرُ إلىٰ أنْ يَحْضُرَ المُشْتَرِي، فيحْلِف أنه ما رَضِيَ بالبَيْع -: أنّ التدارُكَ في مسألة الدَّيْن مُمْكِن إذا ظهرَ خطأُ القاضي وصِدْقُ الغَرِيمِ، بأنْ يَنْكُلَ ربُّ الدَّيْن عن اليَمِين باسترداد ما قبضَ القابضُ منه.

وفي مسألة الرَّد بِالعَيْب إذا رُدَّ بِالعَيْب لا يُمْكِن التدارُك بعد ذلك إذا ظهَر خطأُ القاضي وصِدْقُ البَائِع؛ لأن قَضَاء القاضي في الفسُوخ بالشهادة الباطلة يَنْفُذ ظاهرًا وباطنًا عندَ أبي حَنِيفَةَ، فكان القَضَاءُ بِالفَسْخِ نافذًا لازمًا، فإذا سَقَطَ البَيْعُ ظاهرًا وباطنًا؛ لا يُمْكِن إعادتُه بعد ذلك، فلأجْل هذا يُؤَخّر الرَّدُّ إلىٰ أنْ يَحْضُرَ المُشْتَرِي فيَحْلِف.

حتىٰ قالوا في «شروح الجامع الصغير»: لَمَّا كان قَضَاءُ القاضي بالشهادة الباطلة لا ينْفُذ عند محمد باطنًا؛ يُرَدّ علىٰ البَائِع بِالعَيْب بلا تأخيرٍ، كما في مسألة الدَّيْن، فكانت المسألتانِ سواء [١٢/٥٩ظ/د]؛ لإمكان التدارُك فيهما.

وأمَّا عندَ أبي يوسف: لو كان المُشْتَرِي حاضرًا، فأراد أنْ يَرُدَّ بِالعَيْب؛

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٣٥٥].

لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ هُنَالِكَ بِاسْتِرْدَادِ مَا قَبَضَهُ الْوَكِيلُ إِذَا ظَهَرَ الْخَطَأُ عِنْدَ نُكُولِهِ، وَفِي الثَّانِيَةِ غَيْرُ مُمْكِنٍ لِأَنَّ الْقَضَاءَ بِالْفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الْخَطَأُ

غاية البيان

يُسْتَحْلَفُ المُشْتَرِي بالله ما رَضِيَ بهذا العَيْب نظرًا للبائع، سواء ادَّعَى البائعُ ذلك، أوْ لَمْ يَدَّعِ[1].

وإذا كان المُشْتَرِي غائبًا وعجزَ البائعُ عن استحلافه؛ لا يُرَدّ حتى يحْضُرَ المُشْتَرِي، ويحْلِف نظرًا للبائع أيضًا، وصِيَانَةً للقَضَاء عن البُطْلان إذا ظهرَ خطأُ القاضي [٢/٣١٨و/م] بِنُكُول المُشْتَرِي عن الحَلِف، وهذا هو الأصح مِن قول أبي يوسف.

وهو المراد مِن قول[2] صاحبِ «الهداية»: (وَقِيلَ: الأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ: أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الفَصْلَيْنِ)، أي: في مسألة الدَّيْن، ومسألةِ الشِّرَاء نظرًا للغَرِيم والبَائع.

وقيل: يحتمل أنْ يُرَدّ المَبِيعُ بِالعَيْب عندَ أبي يوسف بلا تأخيرٍ كما قال محمد؛ لإمكان التدارُك.

قولُه: (مُمْكِنٌ هُنَالِكَ)، أي: في مسألة الدَّيْن.

قولُه: (عِنْدَ نُكُولِهِ)، أي: نُكُول ربِّ الدَّيْن عن اليَمِين على أنه لَمْ يَسْتَوْفِ [٦/٥٣و/م] الدَّيْنَ.

[١٢/٦٠و/د] قولُه: (وَفِي الثَّانِيَةِ)، أي: في المسألة الثانية، وهي مسألة الرَّد بِالعَيْب.

قولُه: (لِأَنَّ القَضَاءَ بِالفَسْخِ مَاضٍ عَلَى الصِّحَّةِ وَإِنْ ظَهَرَ الخَطَأُ)؛ لأن قَضَاء القاضي في العقود والفسوخ بالشَّهَادَة الباطلة يَنْفُذ ظاهرًا وباطنًا عندَ أبي حَنِيفَةَ ﵀.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» [٦/٢٦].

(٢) وقع بالأصل: «قوله». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ كَمَا هُوَ مَذْهَبُهُ، وَلَا يُسْتَحْلَفُ الْمُشْتَرِي عِنْدَهُ بَعْدَ ذَلِكَ؛ لِأَنَّهُ لَا يُفِيدُ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا قَالُوا: يَجِبُ أَنْ يَتَّحِدَ الْجَوَابُ عَلَىٰ هَذَا فِي الْفَصْلَيْنِ وَلَا يُؤَخَّرُ، لِأَنَّ التَّدَارُكَ مُمْكِنٌ عِنْدَهُمَا لِبُطْلَانِ الْقَضَاءِ. وَقِيلَ: الْأَصَحُّ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﷺ أَنْ يُؤَخَّرَ فِي الْفَصْلَيْنِ؛ لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ النَّظَرَ حَتَّىٰ يَسْتَحْلِفَ الْمُشْتَرِي لَوْ كَانَ حَاضِرًا مِنْ غَيْرِ دَعْوَى الْبَائِعِ فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ.

قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ يُنْفِقُهَا عَلَىٰ أَهْلِهِ، [٦٦/ط] فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشَرَةً مِنْ عِنْدِهِ؛ فَالْعَشَرَةُ بِالْعَشَرَةِ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ بِالْإِنْفَاقِ وَكِيلٌ بِالشِّرَاءِ

غاية البيان

والمراد مِن نَفاذه ظاهرًا: أنْ يَثْبُتَ فيما بيننا.

ومِن نفَاذِه باطنًا: أن يَثْبُتَ فيما بينه وبين الله تعالىٰ، وقد مَرَّ بيانُ ذلك قُبَيْل باب التحكيم مِن كتاب أدب القاضي.

قولُه: (لِأَنَّهُ يَعْتَبِرُ النَّظَرَ حَتَّىٰ يَسْتَحْلِفَ الْمُشْتَرِيَ)، أي: لأن أبا يوسف يعْتَبِر النظرَ للبَائع.

يعني: أنه يستَحْلِف المُشْتَرِيَ نظرًا للبَائِع، ادَّعَىٰ البَائِعُ رضَا المُشْتَرِي أمْ لا، فإذا كان المُشْتَرِي غائبًا؛ ينتَظِر هو إلىٰ أنْ يَحْضُرَ فيحْلِف للنظر للبَائِع أيضًا، فعلىٰ هذا يُنْتَظَر عنده في الدَّيْن أيضًا نظرًا للغَرِيم، وهذا معنىٰ قوله: (فَيَنْتَظِرُ لِلنَّظَرِ). وقولُه: (حَتَّىٰ يَسْتَحْلِفُ). بالرفع؛ لأن «حتىٰ» للحال.

قولُه: (قَالَ: وَمَنْ دَفَعَ إِلَىٰ رَجُلٍ عَشَرَةَ دَرَاهِمَ يُنْفِقُهَا عَلَىٰ أَهْلِهِ، فَأَنْفَقَ عَلَيْهِمْ عَشَرَةً مِنْ عِنْدِهِ؛ فَالْعَشَرَةُ بِالْعَشَرَةِ) [١٢/٦٠ط/د]، أي: قال في «الجامع الصغير»[1].

ومعنىٰ قوله: (فَالْعَشَرَةُ بِالْعَشَرَةِ)، أي: تكون العشرةُ التي حبَسَها عنده له

(١) ينظر: «الجامع الصغير/ مع شرحه النافع الكبير» [ص/٤٠٧].

غاية البيان

بالعشرة التي أنفقها من خالص ماله، ولا يكون مُتبرِّعًا في العشرة التي أنفقها، ولا تُردُّ العشرةُ المحبوسة على المُوكِّل.

ولَمْ يذْكُر محمد في «الأصل» مسألة الإنفاق، بل ذكر مسألة قضاء الدَّيْن، فقال في كتاب الوَكالة: «وإذا دفع الرَّجُلُ إلى الرَّجُلِ ألف درهم، فقال: ادفعها إلى فلانٍ قضاءً عني، فدفع الوَكيلُ غيرَها، واحتبس الألف عنده؛ كان القياسُ: أنْ يَدفعَ التي حبَسها إلى المُوكِّل، ويكون مُتطوِّعًا في التي دفع، ولكني أدعُ القياس وأستحْسِنُ أنْ أُجيزَه»(١). إلى هنا لفظ «الأصل».

ولَمْ يذكر محمد القياسَ والاستحسانَ في «الجامع الصغير»، وقالوا في شُروحه: هذا الذي ذكرَه استحسانٌ، والقياسُ: أنْ يَرُدَّها على المُوكِّل إنْ كانت قائمةً، ويَضْمَن إنْ كان استهلَكها، وهو قول زُفَر.

وَجْه القياس: أن الدراهم والدنانير تتعيَّنان في الوَكالة، وإنْ كانتا لا تتعيَّنان في عُقُود المُعاوَضَات [١٢/٦١و/د] عندنا، حتى لو هلكتِ الدراهمُ قبل الإنفاق، أو قبل الشِّرَاء بها في التَّوْكيل بالشِّرَاء؛ بطلَتِ الوَكالة.

فإذا أنفقَ بعشرةٍ مِن عنده؛ كان مُتبرِّعًا [٦/٥٣ظ/م]، فلا يكون له أنْ يَرْجِعَ على المُوَكِّل، ولأنه خالَف الأمْرَ، فيَرُدُّ مالَ المُوكِّل؛ لأن المُوكِّل أمَرَه بأنْ يُنفِق مِن مالِ الدافع، لا مِن مالِ نفْسه، فلمَّا أنفقَ مِن مالِ نفْسِه؛ خالَفَ وكانَ مُتطوِّعًا.

ووَجْهُ الاستِحْسانِ: أنَّ التَّوْكيلَ بالإنفاقِ توْكيلٌ بالشِّرَاء؛ لأنَّ معنى الإنفاق: شِرَاءُ ما يُحتاجُ إليْه، [و](٢) الوَكيلُ بالشِّرَاء إذا نَقَدَ الثَّمَنَ من مالِ نفْسِه؛ كانَ له أنْ

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٣٢٨/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

(٢) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«ح»، و«غ»، و«ش».

. . . .

يَرْجِعَ بِهِ علىٰ المُوَكِّلِ، وإذا ظَفِرَ بجنسِ حقِّه مِن مالِ الآمِرِكانَ له أنْ يأخُذَ، وإذا كانَ لِلوَكِيلِ حقُّ الرُّجُوعِ، وحقُّ الأخْذِ إذا [٢/٣١٨ط] ظَفِرَ بجنسِ حقِّه، وقدْ ظَفِرَ بذلِكَ؛ كانت تلكَ العشَرةُ المحبوسةُ عندَه لَه بالعشَرةِ الَّتي أنفَقَها.

ولأنَّ الوَكِيلَ قضَىٰ دَيْنًا كانَ مُطالَبًا بِه؛ لأنَّه ربَّما يُخاصِمُ في وَقْتٍ لا تكونُ الدَّراهمُ بحَضْرَتِه، فيحتاجُ إلىٰ أنْ يدْفَعَ مِن مالِ نفْسِه، فكانَ مِن طريقِ [١٢/٦١١ط/د] الدّلالةِ كأنَّ المُوَكِّلَ أمَرَه بأنْ يُنْفِقَ مِن مالِ نفسِه، فإذا كان كذلكَ كانَ لَه حقُّ الرُّجُوعِ علىٰ المُوَكِّلِ، ولَمْ يكُنْ مُتطَوِّعًا فيما فَعَلَ، كالوصِيِّ إذا قضَىٰ دَيْنَ الميتِ مِن مالِ نفْسِه، أوِ الوَارِثِ قضَىٰ دَيْنَ الميتِ بغيرِ إذنِ الورثةِ مِن مالِ نفْسِه؛ لا يكونُ مُتطَوِّعًا، فكذلِكَ ههُنا[1].

قالوا في «شروح الجامع الصغير»: مِنَ المشايخِ مَن قالَ: مسألةُ كتابِ الوَكَالَةِ في قَضاءِ الدَّيْنِ، وليسَ في قَضاءِ الدَّيْنِ معْنىٰ الشِّرَاءِ، فورَدَ فيه القياسُ والاستحسانُ اللذانِ ذكَرهما محمّدٌ في «كتابِ الوَكَالَةِ».

أمَّا الإنفاقُ شِرَاءً: فلَمْ يختَلِف فيه وجْهَا[2] القياسِ والاستحسانِ، بلْ صحَّ ذلك قياسًا واستحْسانًا، حتَّىٰ رَجَعَ الوَكِيلُ علىٰ المُوَكِّلِ بما أنفقَ قياسًا واستحسانًا.

وهذا معْنىٰ قولِ صاحِبِ «الهداية»: (**وَقِيلَ: القِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاءٍ، فَأَمَّا الإِنْفَاقُ يَتَضَمَّنُ الشِّرَاءَ فَلَا يَدْخُلَانِهِ**)، أيْ: لا يدخُلُ القياسُ والاستِحْسانُ في الشِّرَاءِ، بَلْ يَكونُ حُكْمُهُما واحدًا، ولا يكونُ الوَكِيلُ مُتبَرِّعًا في الإنفاقِ مِن مالِ نفْسِه.

---

(١) ذكرَ الفقيهُ أبو الليث في مسألة الوصِيّ والوارِث في «شرْح الجامع الصغير» مثْل ذلك. كذا جاء في حاشية: «م».

(٢) وقع بالأصل: «وَجْه». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

وَالحُكْمُ فِيهِ مَا ذَكَرْنَاهُ وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ فَهَذَا كَذَلِكَ.

وَقِيلَ: هَذَا اسْتِحْسَانٌ وَفِي الْقِيَاسِ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ، وَيَصِيرُ مُتَبَرِّعًا. وَقِيلَ: الْقِيَاسُ وَالِاسْتِحْسَانُ فِي قَضَاءِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِشِرَاء، فَأَمَّا الْإِنْفَاقُ يَتَضَمَّنُ الشِّرَاءَ فَلَا يُدْخِلَانِهِ.

﴿ غاية البيان ﴾

قولُه: (وَالحُكْمُ فِيهِ مَا [١٢/٦٢و/د] ذَكَرْنَا)، أي: الحُكْمُ في الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ: أَنْ يَرْجِعَ عَلَىٰ المُوَكِّلِ بِما أَدَّىٰ.

قولُه: (وَقَدْ قَرَّرْنَاهُ)، أي: في باب الوَكَالَة بالبَيْعِ والشِّرَاءِ عندَ قولِه: (وَإِذَا دَفَعَ الوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ مِنْ مَالِهِ، وَقَبَضَ المَبِيعَ؛ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ بِهِ عَلَىٰ المُوَكِّلِ؛ لِأَنَّهُ انْعَقَدَتْ بَيْنَهُمَا مُبَادَلَةٌ حُكْمِيَّةٌ).

قالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ ﷺ في «شرْح الكافي» لِلحاكِمِ الشَّهيدِ: «وإذا دفعَ الرَّجُلُ إلىٰ الرَّجُلِ ألفَ دِرهمٍ، فقالَ: ادفعْها إلىٰ فلانٍ قَضاءً عنِّي، فدفَعَ الوَكِيلُ غيرَها [٦/٥٤و/م]، واحتَبَسَها عندَه؛ كانَ القِياسُ: أنْ يدْفَعَ الألفَ الَّتي احتبَسَ إلىٰ المُوَكِّلِ، ويكونُ مُتطَوِّعًا فيما دفعَ؛ لأنَّه لَمْ يأمُرْه بالدفْعِ مِن مالِ نفْسِه، فيكونُ مُتطَوِّعًا، وقدْ بطَلَتْ جهةُ قَضاءِ الدَّيْنِ؛ فيلزمُه الرَّدُّ إلىٰ المالكِ.

ولكنِّي أستَحْسِنُ أنْ أُجيزَه؛ لأنَّ المَأْمُورَ بِقضاءِ الدَّيْنِ مَأْمُورٌ بِشراءِ ما في ذِمَّةِ الآمِرِ بِالدَّراهِمِ، والوَكِيلُ بِالشِّرَاءِ إذا اشْتَرَىٰ وَنَقَدَ الثَّمَنَ مِن عِندِ نفْسِه؛ سَلِمَ المَقْبُوضُ له».

واللهُ أعلَمُ [بِالصَّوابِ][١].

---

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

بَابُ
عَـزْلِ الوَكِيـلِ

قَالَ: وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ عَنِ الوَكَالَةِ؛ لِأَنَّ الوِكَالَةَ حَقُّهُ فَلَهُ أَنْ

بَابُ
عَـزْلِ الوَكِيـلِ

أَخَّرَ العَزْلَ عنِ الوَكَالَةِ: لِمَا أنَّه يقْتَضِي سَبْقَ ثُبوتِها، فناسَبَ ذِكْرُه آخِرًا.

[١٢/٦٢ظ/د] قولُه: (قَالَ: وَلِلْمُوَكِّلِ أَنْ يَعْزِلَ الوَكِيلَ عَنِ الوَكَالَةِ)، أيْ: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[(١)].

وذلِكَ لأنَّ الوَكَالَةَ حقُّ المُوَكِّلِ، فلَه أنْ يُبْطِلَ حقَّه متى شاء، إلَّا إذا كانَتِ الوَكَالَةُ بطلَبِ الخَصْمِ، فحينَئذٍ ليسَ لَه أنْ يَعْزِلَه بِلا رِضا الخَصْمِ؛ لئلَّا يلزمَ إبطالُ حقِّ الغَيرِ.

قالَ شيخُ الإسْلامِ عَلِيُّ بنُ محمَّدٍ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرْحِ الكافي» لِلحاكِمِ الشَّهيدِ: «وإذا وَكَّلَهُ بِالخُصُومَةِ؛ فلَه أنْ يَعْزِلَه مَتى شاءَ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ اسْتِنَابَةٌ، فإذا عزَلَهُ؛ فقَد تبيَّنَ أنَّه استغْنَىٰ عنهُ، فيمْلِكُ ذلِكَ إلَّا في خصْلةٍ واحدةٍ، وهوَ أن يكونَ الخَصْمُ قدْ أخَذَه حتَّى جعلَ لَه وَكِيلًا في الخُصُومَةِ، فَلا يكونُ لَه أنْ يُخْرِجَه مِنها إلَّا بمَحْضَرٍ مِنَ الخَصْمِ في قولِ أبي حَنِيفَةَ وأبي يوسُفَ ومحمَّدٍ.

وصورتُه أنْ يقولَ لَه: إنِّي أَخافُ أنْ تغِيبَ، فوَكِّلْ وَكِيلًا إنْ غِبْتَ أُخاصِمُه فيُقْضَىٰ لي عليْه؛ فقدْ تعلَّقَ بِها حقُّ الطَّالِبِ [٢/٣١٩و]، فلا يُمْكِنُ إبطالُها إلَّا بعِلْمِه». إلى هُنا لَفْظُ شيخِ الإسْلامِ ﷺ.

وقالَ الإمامُ محمدُ بنُ أَحمدَ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الطَّحاويِّ» قالَ: «ولِلْمُوَكِّلِ

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُوريّ» [ص/١١٦].

يُبْطِلَهُ، إِلَّا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْغَيْرِ بِأَنْ كَانَ وَكِيلًا بِالْخُصُومَةِ بِطَلَبٍ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ لِمَا فِيهِ مِنْ إِبْطَالِ حَقِّ الْغَيْرِ، وَصَارَ كَالْوَكَالَةِ الَّتِي تَضَمَّنَهَا عَقْدُ الرَّهْنِ.

قَالَ: فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْهُ الْعَزْلُ؛ فَهُوَ عَلَى وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّى يَعْلَمَ؛ لِأَنَّ فِي الْعَزْلِ إِضْرَارًا بِهِ مِنْ حَيْثُ إِبْطَالِ وِلَايَتِهِ أَوْ مِنْ حَيْثُ رُجُوعِ الْحُقُوقِ إِلَيْهِ

غاية البيان

أنْ يَعْزِلَ وكيلَه مَتىٰ شاءَ، ويكونُ بعَزْلِه إيّاهُ خارجًا عَن وكالتِه، وهذا إذا لَمْ يتعلَّقْ بوكالتِه حقُّ الغَيرِ [١٢/٦٣و/د]، فأمَّا إذا تعلَّقَ بوكالتِه حقُّ الغَيرِ؛ فَلا يَمْلِكُ المُوَكِّلُ عَزْلَه بِغيرِ رِضا مَن لَه الحقُّ، كَما لوْ رهنَ مالَه عندَ رَجُلٍ بِدَيْنٍ لَه عليْه، أوْ وَضَعَه عندَ رَجُلٍ عدْلٍ، وجعَلَ المُرْتَهنَ أوِ العدْلَ مُسلَّطًا علىٰ بَيْعِه عندَ محلِّ الأَجلِ، ثمَّ عزَلَ الرَّاهِنَ المُسَلَّطَ علىٰ البَيْعِ؛ فإنَّه لا يصحُّ عزْلُ المُدَّعِي[١].

وكذلِكَ لوْ وَكَّلَ المُدَّعَىٰ عليْه وَكِيلًا بالخُصُومَةِ معَ المُدَّعِي بِالتِماسِ المُدَّعِي، ثمَّ عزَلَ المُدَّعَىٰ عليْه بغيرِ حَضْرةِ المُدَّعِي؛ فَلا ينعزِلُ؛ لأنَّه تعلَّقَ بِهذِه الوَكالَةِ حقُّ الغَيرِ»[٢].

وقولُه: (بِطَلَبٍ مِنْ جِهَةِ الطَّالِبِ)، أيْ: بِالتِماسٍ مِن جهةِ المُدَّعِي.

قولُه: (قَالَ: فَإِنْ لَمْ [٦/٥٤ظ/م] يَبْلُغْهُ العَزْلُ؛ فَهُوَ عَلَىٰ وَكَالَتِهِ وَتَصَرُّفُهُ جَائِزٌ حَتَّىٰ يَعْلَمَ)، أيْ: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[٣].

وعِندَ الشَّافِعيِّ: ينعَزِلُ الوَكِيلُ قبْلَ بُلُوغِ الخبرِ إليْه في أقْيَسِ القولَيْنِ، كما ينعَزِلُ بِبَيْعِ المُوَكِّلِ وإعْتاقِه، وينْعَزِلُ بعَزْلِه نفْسَه. كذا في «وجيزهم»[٤].

(١) في «غ»: «عزْل الوكيل».
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابِيِّ [ق/٢٦١].
(٣) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٦].
(٤) ينظر: «الوجيز/ مع العزيز شرح الوجيز» للغزالي [٥/٢٥٣].

يَنْقُدُ مِنْ مَالِ الْمُوَكِّلِ وَيُسَلِّمُ الْمَبِيعَ فَيَضْمَنُهُ فَيَتَضَرَّرُ بِهِ، وَيَسْتَوِي الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرُهُ لِلوَجْهِ الأَوَّلِ، وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ العَدَدِ أَوِ العَدَالَةِ فِي المُخْبِرِ فَلَا نُعِيدُهُ.

غاية البيان

وَجْهُ قولِه: أنَّه يتصَرَّفُ في خالِصِ حقِّه، فَلا يُعْتَبَرُ عِلْمُ الوَكِيلِ، كما في العَزْلِ الحُكْمِيِّ.

ولنا: أنَّه نهْيٌ بعدَ الأمْرِ، فيُشتَرَطُ فيهِ العِلْمُ كنَهْيِ صاحبِ الشَّريعةِ؛ لئَلَّا يلزَمَ التَّغريرُ.

والفقهُ فيهِ: أنَّه يلزمُ الوَكِيلَ الضَّرَرُ في عَزْلِه بِلا عِلْمِه؛ لأنَّه ربَّما يتصَرَّفُ بعدَ ذلكَ بيعًا وشِرَاءً، فتنصرِفُ حُقُوقُ العَقْدِ إليْه [١٢/٦٣ظ/د] مِن نَقْدِ الثَّمَنِ مِن مالِ المُوَكِّلِ إذا كانَ وَكِيلًا بِالشِّرَاءِ، ومِن تسليمِ المَبِيعِ إذا كانَ وَكِيلًا بالبَيْعِ، ثمَّ إذا نَقَدَ أوْ سَلَّمَ؛ يَضْمَنُ ما تصرَّفَ؛ لأنَّه فعَلَه بعدَ العَزْلِ، وهذا ضَرَرٌ لا محالةَ.

فقُلنا: لا يصِحُّ العَزْلُ قبلَ بُلُوغِ الخبرِ دفْعًا للضَّرَرِ، بخِلافِ العَزْلِ الحُكْمِيِّ، فإنَّه كَمْ مِن شيءٍ يَثْبُتُ ضِمْنًا، ولا يَثْبُتُ قصْدًا، كتعْيينِ أحدِ أعْدادِ الكفَّارةِ، فإنَّه لا يتَعَيَّنُ قصْدًا، ويتَعَيَّنُ في ضِمْنِ المُباشرةِ.

قولُه: (فَيَضْمَنُهُ)، أيْ: يَضْمَنُ الوَكِيلُ ما نَقَدَ مِنَ الثَّمَنِ، وما سَلَّمَ مِنَ المَبِيعِ إذا صحَّ عزْلُه.

قولُه: (وَيَسْتَوِي الوَكِيلُ بِالنِّكَاحِ وَغَيْرُهُ لِلوَجْهِ الأَوَّلِ)، يعْني: أنَّ العَزْلَ لا يصحُّ قبْلَ عِلْمِ الوَكِيلِ أصلًا، والوَكِيلُ بِالنِّكاحِ وغيرُهُ سواءٌ؛ نظَرًا إلى الوجْهِ الأوَّلِ، وهوَ الإضرارُ بِالوَكِيلِ مِن حيثُ إبطالُ ولايةِ الوَكِيلِ، وكذا عَزْلُ الوَكِيلِ بِالطَّلاقِ لا يصحُّ مِن غَيرِ عِلْمِه. ذكرَه في باب المشيئةِ مِن طلاقِ: «**مختصر الكافي**»[1].

قولُه: (وَقَدْ ذَكَرْنَا اشْتِرَاطَ العَدَدِ أَوِ العَدَالَةِ فِي المُخْبِرِ)، أشارَ بِه إلى ما ذكرَه

---

(١) ينظر: «الكافي» للحاكم الشهيد [ق/٧٥].

....

في فصْلِ القَضَاءِ بِالموَارِيثِ مِن كتاب: «أدب القاضي» بقولِه: (وَلَا يَكُونُ النَّهْيُ عَنِ الوَكَالَةِ حَتَّىٰ يَشْهَدَ عِنْدَهُ شَاهِدَانِ، أَوْ رَجُلٌ عَدْلٌ، وَهَذَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ﵁)[1].

اعلَمْ: أنَّ الوَكَالَةَ تَثبُتُ بخبرِ الواحدِ، حُرًّا كانَ أوْ عبْدًا، عدْلًا كانَ [١٢/٦٤و/د] أوْ فاسِقًا، رَجُلًا كانَ أوِ امرأةً، صبيًّا كانَ أوْ بالغًا، وكذلِكَ العَزْلُ عندَهُما.

وعندَ أبي حَنِيفَةَ: لا يَثبُتُ العَزْلُ إلَّا بخبرِ الواحدِ العدْلِ، أوْ بخبَرِ الاثنَيْنِ إذا لَمْ يكونا عدلَيْنِ، وعلىٰ هذا الخلافِ: إعْتَاقُ العبدِ الجاني بعدَ الإخبارِ بِالجنايةِ، وصَيْرورَتُه مختارًا للفداءِ، وسكوتُ الشَّفِيعِ والبِكْرِ، وقد زَوَّجَها الوَلِيُّ، ومَن أسلَمَ في دارِ الحربِ فأُخْبِرَ بِالشَّرائعِ، وحَجْرُ العبدِ [٦/٥٥و/م] المَأْذُونِ، وقد مَرَّ جميعُ ذلكَ في فصْلِ القَضَاءِ بِالمواريثِ.

لهما: أنَّه مِن باب المُعَامَلَاتِ، فيَستَوِي فيه الواحدُ [٢/٣١٩ظ] عدْلًا كانَ أوْ فاسقًا، كما في جانبِ الإذْنِ[2].

ولأَبي حَنِيفَةَ ﵁: أنَّ الإخبارَ بِالعَزْلِ والحَجْرِ يُشبِهُ الإخبارَ بِالوَكَالَةِ مِن حيثُ إنَّه تصَرَّفَ في مِلْكِ نفْسِه، ولِهذا لَمْ يُشْتَرطْ لفظةُ الشَّهَادَةِ ومجلسُ القَضَاءِ، وفيهِ معْنىٰ الإلْزَامِ أيضًا؛ لأنَّه يلزمُه الامتناعُ مِنَ التَّصرُّفِ، شاءَ أوْ أبىٰ، فأشْبَه الشَّهَادَةَ، فلوْ كانَ فيهِ معْنىٰ الإلْزَامِ مِن كلِّ وَجْهٍ؛ لرُوعِيَ فيهِ شرائطُ الشَّهَادَةِ جميعًا، فلَمَّا كانَ فيهِ معْنىٰ الإلْزَامِ مِن وَجْهٍ دونَ وَجْهٍ؛ رُوعِيَ فيه أحدُ شَطْرَي الشَّهَادَةِ: العددُ أوِ العَدَالَةُ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» [١٣/١٩]، «المحيط البرهاني» [٣٥١/٩]، «الاختيار» [١٦٣/٢]، «البناية» [٣٠٧/٩]، «الجوهرة النيرة» [٣٠٥/١].

(٢) ينظر: «مختصر الطحاوي» [ص/١٠٩]، «المبسوط» [١٦/١٩]، «تحفة الفقهاء» [٢٣٠/٣]، «بدائع الصنائع» [٤٣/٥]، «تبيين الحقائق» [٢٨٧/٤]، «الفتاوى الهندية» [٥٨٤/٣].

وَتَبطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ المُوَكِّلِ، وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا، وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا؛ ....

غاية البيان

والتَّوْكِيلُ ليسَ فيهِ إِلْزَامٌ مِن وَجْهٍ؛ لأنَّه على خِيَرَةٍ: إنْ شاءَ تصرَّفَ، وإنْ شاءَ أبَىٰ، فلَمْ يُرَاعَ فيهِ شيءٌ مِن شرائطِ الشَّهَادَةِ، وكذلِكَ الرَّسولُ لَمْ يُشْتَرطْ فيهِ شيءٌ مِن شرائِطِ [١٢/٦٤ظ/د] الشَّهَادَةِ؛ لأنَّ الرَّسولَ قائمٌ مقامَ المرْسِلِ، فَصارَ كأنَّ المرْسِلَ شافَهَه بالعَزْلِ، فلَمْ يُعْتَبَرْ صفاتُ الرَّسولِ، وبَاقِي البيانِ مَرَّ في فصْلِ القَضاءِ بالموَارِيثِ.

وأَوْرَدَ القُدُورِيُّ في كتاب «التَّقريب» سؤالًا وجوابًا فقالَ:

«لا يقالُ: فَلِمَ جازَ قبولُ خبرِ اثنيْنِ غيرِ عدْلَيْنِ؟

قُلنا: لأنَّ عددَ المُخْبِرِينَ لَه تأثيرٌ؛ بدلالةِ أنَّ خبَرَهُم قد يُفْضِي إلىٰ العِلْمِ معَ عدمِ العَدَالَةِ.

قولُه: (وَتَبطُلُ الوَكَالَةُ بِمَوْتِ المُوَكِّلِ، وَجُنُونِهِ جُنُونًا مُطْبِقًا، وَلَحَاقِهِ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا)، هذا لفْظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[١]، وذلكَ: لأنَّ كلَّ تصَرُّفٍ ليسَ لَه دوامٌ يُجْعَلُ لدوامِه حُكْمُ الابتِداءِ؛ لأنَّه بسبيلٍ مِنَ الفَسْخِ والنقْضِ في كلِّ ساعةٍ، فإذا امتنَعَ عنِ الفَسْخِ صارَ كأنَّه أنشأَ العَقْدَ، ثمَّ لَمَّا كانَ لِلدَّوامِ حُكْمُ الابتِداءِ، وقيامُ الأمْرِ شرْطٌ حالةَ الابتِداءِ، فيكونُ شرْطًا حالةَ البقاءِ أيضًا، وقدْ بَطَلَ الأمرُ بعارِضِ الموتِ، والجُنُونِ المُطْبِقِ، واللَّحاقِ بدارِ الحربِ، فيَبْطُلُ التَّوْكِيلُ؛ لأنَّه لا يكونُ بِدونِ الأمْرِ.

قالَ في «التتمة» و«الفتاوىٰ الصغرىٰ»[٢]: «وهذا كلُّه في موضعٍ يَمْلِكُ المُوَكِّلُ عزْلَه، أمَّا في موضعٍ لا يَمْلِكُ عزْلَه، كالعَزْلِ في باب الرَّهْنِ، والأمْرِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٦].
(٢) ينظر: «الفتاوىٰ الصغرىٰ» للصدر الشهيد [ق/١٧٩].

. . . .

[١٢/٦٥و/د] باليدِ لِلمرأةِ؛ فإنَّه لا ينعزِلُ الوَكِيلُ بموتِ المُوَكّلِ وجُنونِه، والوَكِيلُ بالخُصُومَةِ بِالتماسِ الخَصْمِ ينعَزِلُ بموْتِ المُوَكّلِ وجُنونِه، والوَكِيلُ بالطَّلاقِ ينعَزِلُ بجنونِ المُوَكّلِ استحْسانًا، ولا ينعزِلُ قياسًا».

وقالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ أبو الحسَنِ عَلِيُّ بنُ محمَّدٍ الأَسْبِيجَابيُّ [٦/٥٥ظ/م] في أوائلِ كتاب الوَكَالَة مِن «شرح الكافي»: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ وَكِيلًا في خُصُومَةٍ، أوْ بَيْعٍ، أوْ شِرَاءِ شيءٍ؛ كانَ لَه أنْ يُخرِجَه مِن الوَكَالَةِ؛ لأنَّ التَّوْكِيلَ صحَّ لحَقِّ المُوَكّلِ، فكانَ لَه إبطالُه، فإنْ لَمْ يُخرِجْه حتَّىٰ ذهبَ عقْلُ المُوَكّلِ زمانًا دائمًا؛ فقدْ خرَجَ الوَكِيلُ مِنَ الوَكَالَةِ؛ لأنَّ بقاءَ النِّيَابَةِ يَستَدْعِي بقاءَ أهْلِيَّةِ المَنُوبِ عنه، فقدْ بطَلَتْ.

وهذا في شيءٍ يقْبَلُ العَزْلَ، فأمَّا في شيءٍ لا يُمْكِنُه عزْلُه؛ فلا يَبْطُلُ، مِثْلُ: الأمْرِ بِاليدِ وما أشبَهَه؛ لأنَّ هذا تصرُّفٌ لازمٌ لا يحتاجُ إلىٰ التجْديدِ، فَلا يُشْتَرطُ بقاءُ الأهليَّةِ، بخِلافِ التصَرُّفِ الجائزِ؛ لأنَّه يتلاشَىٰ في كلِّ ساعةٍ، فاعْتُبِرَ بقاؤه أهلًا.

[١٢/٦٥ظ/د] ولوْ كانَ ذهبَ عقْلُه ساعةً، أوْ مِن ساعةٍ، ثمَّ أفاقَ فالوَكِيلُ علىٰ وكالتِه؛ لأنَّ هذا العارِضَ لا دوامَ لَه، فأشبَه النومَ والإغماءَ.

ثمَّ اخْتلَفوا فقالَ أبو يوسُف: لا ينْعَزِلُ الوَكِيلُ حتَّىٰ يُجَنَّ أكثرَ السَّنَةِ؛ لأنَّه التحَقَ بالميتِ في حقِّ أكثرِ أحكامِ الشَّرْعِ، وقالَ محمَّدٌ: حتَّىٰ يُجَنَّ شهرًا؛ لأنَّه يسْقُطُ عنهُ الصَّومُ، وقالَ أخيرًا: حتَّىٰ يُجَنَّ سَنَةً كاملةً، حتَّىٰ تسْقُطَ جملةُ التَّكاليفِ والوظائفِ، وكُلُّ ذلكَ للاجْتِهادِ فيه مَساغٌ». إلىٰ هُنا لفْظُ شيخِ الإسْلامِ الأَسْبِيجَابيِّ ﷺ.

وقالَ النَّاطِفِيُّ في «الأجناس»: «وقالَ ابنُ سَمَاعَةَ في «نوادره»: قالَ محمَّدٌ في قولِه الأوَّلِ: حتَّىٰ يُجَنَّ يومًا وليلةً [٢/٣٢٠و] ثمَّ يخْرُجُ الوَكِيلُ مِنَ الوَكَالَةِ.

....

ثُمَّ رَجَعَ وقالَ: حتىٰ يُجَنَّ شهرًا. ثمَّ رَجَعَ وقالَ: حتَّىٰ يُجَنَّ سَنَةً»[١].

وقالَ في «الفتاوىٰ الصغرىٰ» في كتاب النِّكَاح: «وتفسيرُ الجُنُونِ المُطْبِقِ عندَ أبي يوسُف: أكثرُ السَّنَةِ، وفي روايةٍ عنهُ: أكثرُ مِن يومٍ وليلةٍ. حكىٰ هذه الروايةَ عنِ أبي يوسُف: أبو بكرٍ الرَّازِيُّ، وجعلَ الشهرَ قولَ أبي حَنِيفَةَ»[٢].

وقالَ في «الواقعات الحُسَامِيَّة» ـ في باب البيوع [١٢/٦٦و/د] الجائزة بعلَامَةِ الواو[٣] ـ: «والمختارُ ما قالَه أبو حَنِيفَةَ: أنَّه مُقَدَّرٌ بالشَّهرِ؛ لأنَّ ما دونَ الشَّهرِ في حُكْمِ العاجلِ، فكانَ قَصيرًا، والشهرُ فصاعدًا في حُكْمِ الآجِلِ، فكانَ طويلًا».

وقالَ القُدُورِيُّ في كتاب «التَّقريب»: «قالَ في «الأصل»[٤]: إذا ذهبَ عقْلُ المُوَكِّلِ زمانًا؛ خرَجَ الوَكِيلُ مِن الوَكَالَةِ فيما لَه إخراجُه منهُ، ولوْ ذهبَ عقْلُه ساعةً؛ فالوَكِيلُ علىٰ وكالتِه، وأَجْعَلُ هذا كالنَّومِ، ولا أَقِيسُه بالأوَّلِ، وهُما في القياسِ

---

(١) ينظر: «الأجناس» للناطفي [٢/٣٢٣ ـ ٣٢٤].

(٢) وحد المطبق شهرٌ عند أبي يوسف اعتباراً بما يسقط به الصوم، قال في «الشرنبلالية» معزيًا إلىٰ «المضمرات»: وبه يفتي، ومثله في القهستاني والباقلاني، وجعله قاضيخان في «فصل ما يقضي به في المجتهدات» قول أبي حنيفة، وأن عليه الفتوىٰ، فيحفظ، كذا في «الدرر». وقال محمد: حول؛ لأنه يسقط به جميع العبادات، وقال في «التصحيح» [ص/٢٧٤]: قال في «الاختيار»: وهو الصحيح. ينظر: «المبسوط» [١٩/١٢]، «المحيط البرهاني» [٩/٣٥١]، «الاختيار» [٢/١٦٣]، «لسان الحكام» [١/٢٥٤]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٨٧]، «البناية» [٩/٣٠٧]، «تكملة فتح القدير» [٨/١٤٠]، «درر الحكام» [٢/٢٩٤]، «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» [٥/٥٣٨]، «اللباب» [٢/١٤٦].

(٣) يعْنِي بـ: «عَلَامة الواو»: ما رمَزَ به حُسَامُ الدِّين المعروف بـ: الصدر الشهيد في كتابه «الواقعات/ الفتاوىٰ الكبرىٰ» إلىٰ كتاب: «الواقعات» للناطِفِيّ. هكذا نصَّ عليه الصدرُ الشهيد في ديباجة كتابه. ينظر: «الفتاوىٰ الكبرىٰ= الواقعات» للصدر الشهيد [ق٣/ب/ مخطوط مكتبة فيض الله أفندي ـ تركيا/ (رقم الحفظ: ١٠٨٦)]، و«كشف الظنون» لحاجي خليفة [٢/١٢٢٨].

(٤) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢١٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

....

غاية البيان

سواءٌ، والاستِحْسانُ في الجُنُونِ ساعةً. ذكَرَه(١) في باب وَكَالَةِ المُكَاتَبِ، وفي الوَكَالَةِ في الطَّلَاقِ ذكرَ الاستحْسانَ في المُتَطَاوِلِ، وليسَ [٦/٥٥و/م] بِصحيحٍ.

وعَن أبي يوسُف: أنَّه لا ينعَزِلُ حتَّى يُجَنَّ أكثرَ السَّنَةِ، ورُوِيَ عَن محمَّدٍ: يومٌ وليلةٌ، ثمَّ رَجَعَ فقالَ: شهرٌ، ثمَّ رَجَعَ فقالَ: سَنَةٌ.

وذكرَ أبو الحسَنِ(٢) في حَدِّ الجُنُونِ المُطْبِقِ عندَ أبي يوسُف: شهرًا. قالَ: قالَ(٣): وروَىٰ ابنُ سَمَاعَةَ عَن محمَّدٍ: أنَّه كانَ يَقولُ بِهذا، ثمَّ رَجَعَ فقالَ: لا يكونُ مُطْبِقًا إلا حَوْلًا كاملًا.

وَجْهُ القياسِ: في الجُنُونِ اليسيرِ [١٢/٦٦ظ/د] أنَّ التَّكليفَ يَسْقُطُ فيهِ لعدَمِ العقلِ، فَصارَ كالصِّغَرِ، وليسَ كذلِكَ الإغماءُ والنَّومُ؛ لأنَّ العقلَ لا يَزولُ بِهما(٤)، وإنَّما يحْدُثُ أمْرٌ يَمْنَعُ مِنَ الاستِدراكِ.

وأمَّا الاستِحْسانُ: فرُوِيَ عَن محمَّدٍ: يومٌ وليلةٌ؛ لأنَّه يُسْقِطُ الصَّلاةَ، وما دونَه لا يُؤثِّرُ، فصارَ كالنَّومِ، ثمَّ رَجَعَ فقَدَّرَه: بشهرٍ؛ لأنَّه يُسْقِطُ الصلاةَ والصومَ، فيَصيرُ كالصِّغَرِ، ثمَّ رَجَعَ فاعتَبَرَ: السَّنَةَ؛ لأنَّه يُسْقِطُ الصيامَ، والصَّلاةَ، والزَّكاةَ، والحَجَّ، فصارَ كالموتِ والصِّغَرِ، فيُوَلَّىٰ عليْه.

وأمَّا أبو يوسُف: فاعتَبَرَ أكثرَ الحَوْلِ؛ لأنَّه يُحْكَمُ له بِجميعِ الحكمِ، والأقلُّ كالتَّابعِ، ألا ترَىٰ أنَّه مَن دامَ به جُنُونٌ؛ فإنَّه قَد يُفِيقُ في السَّنَةِ اليومَ واليومَيْنِ، ولا يُعْتَدُّ بِذلكَ، وقَد قالَ محمَّدٌ فيمَنْ أوصَىٰ ثمَّ جُنَّ: بطلَتْ وصيتُه؛ لأنَّ الجُنُونَ يُبْطِلُ

---

(١) يعني: محمد بن الحسن ﷺ.

(٢) أي: الكرخيّ ﷺ. كذا جاء في حاشية: «تح»، و«م».

(٣) أي: قال القُدُوريُّ: قال أبو الحسن ﷺ.

(٤) وقع بالأصل: «بها». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ، فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ فَلَا بُدَّ مِنْ قِيَامِ الْأَمْرِ وَقَدْ بَطَلَ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ، وَشَرْطٌ أَنْ يَكُونَ الْجُنُونُ مُطْبِقًا؛ لِأَنَّ قَلِيلَهُ بِمَنْزِلَةِ الْإِغْمَاءِ، وَحَدُّ الْمُطْبِقِ شَهْرٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ؛ اعْتِبَارًا بِمَا يَسْقُطُ بِهِ الصَّوْمُ. وَعَنْهُ أَكْثَرُ مِنْ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ؛ لِأَنَّهُ تَسْقُطُ بِهِ الصَّلَوَاتُ الْخَمْسُ فَصَارَ كَالْمَيِّتِ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: حَوْلٌ كَامِلٌ؛ لِأَنَّهُ يَسْقُطُ بِهِ جَمِيعُ الْعِبَادَاتِ؛ فَقُدِّرَ بِهِ احْتِيَاطًا.

غاية البيان

الأمرَ كما يُبْطِلُ الوَكَالَةَ، وليسَ كذلِكَ الموتُ؛ لأنَّه لا يُبْطِلُ الأمرَ». إلى هُنا لفظُ القُدُورِيِّ في كتاب «التقريب».

ولَمْ يذكرِ النَّاطِفِيُّ، والقُدُورِيُّ، وشيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ قولَ أبي حَنِيفَةَ في الجُنُونِ المُطْبِقِ كما ترىٰ، ولكِنْ ذكرَ في «الواقعات» و«الفتاوىٰ الصغرىٰ»: أنَّه شهرٌ عندَه.

وجنونٌ مُطْبِقٌ - [١٢/٦٧و/د] بسكونِ الطاءِ وكَسْرِ الباءِ - أيْ: دائِم، ومنهُ تسْمِيةُ الأطبَّاءِ الحُمَّىٰ الدَّمَوِيَّةَ اللازمةَ: بـ«المُطْبِقة».

قولُه: (لِأَنَّ التَّوْكِيلَ تَصَرُّفٌ غَيْرُ لَازِمٍ، فَيَكُونُ لِدَوَامِهِ حُكْمُ ابْتِدَائِهِ).

لا يُقالُ: البَيْعُ بشَرْطِ الخِيَارِ تصَرُّفٌ غيرُ لازمٍ أيضًا، ومعَ هذا لا يَبْطُلُ باعتِراضِ الموتِ، بَل يتقَرَّرُ ويَبْطُلُ الخِيَارُ.

فَعُلِمَ: أنَّ كونَ التَّصرُّفِ غيرَ لازمٍ لا يستلزِمُ أنْ يكونَ لدَوَامِه حُكْمُ الابتِداءِ.

لِأنَّا نَقُولُ: الأصلُ في البَيْعِ اللُّزومُ وعدمه بعارِض الخِيَارِ، فإذا ماتَ تقرَّرَ الأصلُ وبطَلَ العارِضُ.

قولُه: (وَقَدْ بَطَلَ بِهَذِهِ الْعَوَارِضِ)، أي: بَطَلَ أمرُ المُوَكِّلِ بموتِه وجنُونِه مُطْبِقًا، ولَحَاقِه بدارِ الحربِ مُرْتَدًّا.

قَالُوا: الحُكْمُ المَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ؛ لِأَنَّ تَصَرُّفَاتِ الْمُرْتَدِّ مَوْقُوفَةٌ عِنْدَهُ فكَذَلِكَ وِكَالَتُهُ، فَإِنْ أَسْلَمَ نَفَذَ، وَإِنْ قُتِلَ أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ بَطَلَتِ الْوِكَالَةُ، فَأَمَّا عِنْدَهُمَا: تَصَرُّفَاتُهُ نَافِذَةٌ فَلَا تَبْطُلُ وِكَالَتُهُ إِلَّا أَنْ يَمُوتَ، أَوْ يُقْتَلَ عَلَىٰ رِدَّتِهِ أَوْ يُحْكَمَ بِلِحَاقِهِ وَقَدْ مَرَّ فِي السِّيَرِ.

غاية البيان

قولُه: (قَالُوا: الحُكْمُ المَذْكُورُ فِي اللَّحَاقِ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ﷺ) [٦/٦٠٥ظ/م]، أيْ: قالَ المشايخُ: الحُكْمُ المذكورُ في اللَّحَاقِ في «مختصر القُدُورِيِّ»: قولُ أبي حَنِيفَةَ.

أمَّا عندَهُما: فلا بُدَّ مِن حُكْمِ [٢/٣٢٠ظ] القاضي باللّحاقِ؛ لأنَّ المُرْتَدَّ وإنْ كانَ بلَحاقِه بأهْلِ الحربِ حرْبًا علينا، وهُم أمواتٌ في حقِّنا؛ شُرِطَ الحُكْمُ بلَحاقِه حتَّىٰ يستقِرَّ أمْرُ اللَّحاقِ؛ لأنَّه ليسَ [١٢/٦٧ظ/د] بمُستَقِرٍّ[1].

قالَ الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرْحِ القُدُورِيِّ»: «وهذا الَّذي ذكرَه القُدُورِيُّ: قولُ أبي حَنِيفَةَ، وقالَ أَبو يوسُف ومحمَّدٌ: هوَ علَىٰ وكَالتِه ما لَمْ يَمُتْ، أوْ يُقْتَلْ، أوْ يُحْكَم بلَحاقِه، والمسألةُ فرْعٌ علىٰ اختِلافِهم في جوازِ تصَرُّفِ المُرْتَدِّ وزوالِ مِلْكِه، فعندَ أبي حَنِيفَةَ: يزولُ مِلْكُه زوالًا مُراعًى، وعندَهما: لا يزولُ مِلْكُه، وهوَ عندَ أَبي يوسُف: بمنزلةِ مَن عليْهِ القَوَدُ، وعندَ محمَّدٍ: بمنزلةِ المَريضِ، فإذا حُكِمَ بلَحاقِه؛ زالَ مِلْكُه وصارَ كالميِّتِ.

قولُه: (وَقَدْ مَرَّ فِي السِّيَرِ)، أيْ: مَرَّ كونُ تصَرُّفِ المُرْتَدِّ موْقوفًا أوْ نافذًا في السِّيَرِ في باب أحكامِ المُرْتَدِّينَ عندَ قولِه: (وَمَا بَاعَهُ، أَوِ اشْتَرَاهُ، أَوْ وَهَبَهُ، أَوْ

(١) وقيد باللحاق لأنه قبله لا يبطل توكيله اتفاقًا. وقيدنا اللحوق بالحكم به لأنه لا يثبت إلا به، كما في القبض وغيره، ثم هذا كله فيما إذا كانت الوكالة غير لازمة بحيث يملك عزله، بخلاف اللازمة؛ فإنها لا تبطل بهذه العوارض كالوكالة ببيع الرهن والأمر باليد. كما في «اللباب» [٢/١٤٦]. وينظر: «المبسوط» [١٩/١٢]، «المحيط البرهاني» [٩/٣٥١]، «الاختيار» [٢/١٦٣]، «لسان الحكام» [١/٢٥٤]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٨٧]، «البناية» [٩/٣٠٧]، «تكملة فتح القدير» [٨/١٤٠]، «درر الحكام» [٢/٢٩٤]، «الدر المختار مع حاشية ابن عابدين» [٥/٥٣٨].

وإنْ كَانَ الْمُوَكِّلُ امْرَأَةً فَارْتَدَّتْ فَالْوَكِيلُ عَلَى وِكَالَتِهِ حَتَّى تَمُوتَ أَوْ تَلْحَقَ بِدَارِ الْحَرْبِ لِأَنَّ رِدَّتَهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا عَلَى مَا عُرِفَ.

قَالَ: وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ، أَوِ الْمَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ، أَوِ الشَّرِيكَانِ [٦٧/د] فَافْتَرَقَا، فَهَذِهِ الْوُجُوهُ تُبْطِلُ الْوَكَالَةَ، عَلِمَ الْوَكِيلُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ لِمَا ذَكَرْنَا أَنَّ بَقَاءَ الْوِكَالَةِ يَعْتَمِدُ قِيَامَ الْأَمْرِ، وَقَدْ بَطَلَ بِالْحَجْرِ وَالْعَجْزِ وَالِافْتِرَاقِ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ؛ لِأَنَّ هَذَا عَزْلٌ حُكْمِيٌّ؛ فَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى الْعِلْمِ كَالْوَكِيلِ بِالْبَيْعِ إِذَا بَاعَهُ الْمُوَكِّلُ.

غاية البيان

تَصَرَّفَ فِيهِ مِنْ أَمْوَالِهِ فِي حَالِ رِدَّتِهِ؛ فَهُوَ مَوْقُوفٌ).

قولُه: (لِأَنَّ رِدَّتَهَا لَا تُؤَثِّرُ فِي عُقُودِهَا عَلَى مَا عُرِفَ)؛ لأنَّ المُرْتَدَّةَ لا تُقْتَلُ عندَنا؛ لأنَّ عِلَّةَ القتلِ الحِرَابُ، ولَمْ يُوجَدْ؛ لأنَّه ليسَ لها بِنْيَةٌ صالحةٌ للحِرَابِ.

قولُه: (وَإِذَا وَكَّلَ الْمُكَاتَبُ ثُمَّ عَجَزَ، أَوِ الْمَأْذُونُ لَهُ ثُمَّ حُجِرَ عَلَيْهِ، أَوِ الشَّرِيكَانِ فَافْتَرَقَا، فَهَذِهِ الْوُجُوهُ تُبْطِلُ الْوَكَالَةَ، عَلِمَ الْوَكِيلُ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ)، وهذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[1].

قالَ الشيخُ أبو نصرٍ البَغْدَادِيُّ في «شرح المختصر»: «وذلِكَ لأنَّ الوَكِيلَ يتصرَّفُ مِن طَرِيقِ [١٢/٦٨و/د] الآمِرِ، وقد بَطَلَ أمْرُ هؤلاءِ في المالِ، فبطلَتِ الوَكَالَةُ، عَلِمَ الوَكِيلُ أوْ لَمْ يعْلَمْ؛ لأنَّه عزلٌ مِن طَرِيقِ الحُكْمِ، فلا يُعْتَبَرُ فيهِ العِلْمُ كالموْتِ».

ثمَّ قالَ الشَّيخُ أبو نصرٍ: «وهذا الَّذي ذكرَه القُدُورِيُّ جميعُه جارٍ على الأصلِ إلَّا في الشَّريكَيْنِ، وفيما ذكرَه صاحبُ الكتابِ نَظَرٌ»[2]. إلى هُنا لَفْظُه.

يعْني: أحدَ شَريكَي العِنَانِ أوِ المُفَاوَضَةِ إذا وَكَّلَ وَكِيلًا، ثمَّ افترَقا؛ بطلَتِ

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٦].
(٢) ينظر: «شرح مختصر القدوري» للأقطع [١/ق٣٨٦].

....

الوَكَالَةُ علىٰ ما ذكرَه القُدُورِيُّ، ولكِن ذٰلِك خلاف الرِّوايةِ.

أَلا تَرىٰ إلىٰ ما قالَ مُحمَّدٌ في «الأصل»: «وإذا وَكَّلَ أحدُ المتفاوضَيْنِ وَكِيلًا بشيءٍ ممَّا ذكرْتُ لَك، وهُو الَّذي وَلِيَ ذلكَ، ثمَّ افترَقا واقتَسَما، وأشْهَدا أنَّه لا شركةَ بينَهما، ثمَّ إنَّ الوَكِيلَ أمضَىٰ الَّذي كانَ وُكِّلَ بِه، وهوَ يعْلَمُ أوْ لا يعْلَمُ؛ فإنَّه يجوزُ ذلكَ كلُّه عليهِما جميعًا، وكذلِكَ لوْ كانا وَكَّلاه جميعًا؛ لأنَّ وَكَالَةَ أحدِهما [٦/٥٥٧و/م] جائزةٌ علىٰ الآخرِ، وليسَ تفرُّقهما بنقْضٍ للوَكَالَةِ»[1]. إلىٰ هنا لفْظُ [١٢/٦٨ظ/د] محمَّدٍ في وَكَالَة أحدِ المتفاوِضَيْنِ.

وقالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرح الكافي» للحاكمِ الشَّهيدِ ـ في باب الوَكَالَة مِن المُضَارِب والشَّرِيك ـ: «وإذا وَكَّلَ أحدُ المتفاوضَيْنِ وَكِيلًا في شيءٍ هوَ وَلِيُّه، ثمَّ تفرَّقا واقتَسَما، وأشْهَدا أنَّه لا شركةَ بينَهُما، ثمَّ أمضَىٰ الوَكِيلُ ما وُكِّلَ بِه وهوَ يعْلَمُ أوْ لا يعْلَمُ؛ جازَ ذلِكَ عليهِما جميعًا؛ لأنَّ فِعْلَ الشَّرِيكِ ينْفُذُ عليْهِما في التصَرُّفِ في حُقُوقِ عَقْدٍ باشَرَه مِنَ القَبْضِ والتَّسْلِيمِ ونحوِهِما في حالةِ الشَّرِكَةِ بعدَ الفَسْخِ؛ لِمَا عُرِفَ أنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تكونُ راجعةً إلىٰ مَن وَلِيَ العَقْدَ، كأنَّه هُو الأصلُ في العَقْدِ في حقِّ مَن يُعاقِدُه، فمَتىٰ بقِيَ ولِيًّا بعدَ المفارقةِ؛ بقِيَ وكيلُه هَكذا.

وكذلِكَ لوْ كانا وكَّلَاه جميعًا؛ لأنَّ وَكَالَةَ أحدِهِما جائزةٌ علىٰ الآخرِ، وليسَ تفرُّقُهما نقْضًا للوَكَالَةِ؛ لأنَّ أثرَ النقْضِ لا يظْهَرُ في توابعِ عُقُودٍ باشَرَها أحدُهُما قبْلَ ذلِكَ». إلىٰ هُنا لفْظُ شيخِ الإسلامِ الأَسْبِيجَابيِّ ﵀.

والعجبُ مِن [١٢/٦٩و/د] صاحبِ «الهداية» أنَّه أبْهمَ الأمرَ، ولَمْ يتعرَّضْ لِكلامِ

---

(١) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٣٧٠/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

. . . .

القُدُورِيِّ، والغالبُ على ظنِّي أنَّ القُدُورِيَّ أرادَ بذلِكَ: الوَكَالَةَ الثابتةَ [٢/٣٢١م] في ضِمْنِ عَقْدِ الشَّرِكَةِ، لا الوَكَالَةَ الابتدائيةَ القَصْدِيةَ؛ لأنَّ المتَضَمِّنَ ـ وهوَ عَقْدُ الشَّرِكَةِ ـ إذا بَطَلَ؛ بَطَلَ ما في ضِمْنِه لا محالةَ، وإلَّا يلزمُ أنْ يكونَ قولُه مُخالفًا للرِّوايةِ لا مَحالةَ[1].

وقالَ شيخُ الإسلام علاءُ الدِّينِ العالم الأَسْبِيجَابِيُّ رحمه الله في «شرح الكافي» ـ في بابِ وَكَالَةِ العبدِ المَأْذُونِ والمُكَاتَبِ ـ: وإذا حجَرَ المَوْلَى على عبْدِه، أوْ عجزَ المُكَاتَبُ عَنْ مُكاتَبتِه؛ انقطعَتْ وَكَالَةُ وكِيلِه إلَّا في القَضاءِ والتَّقاضي في كلِّ شيءٍ وَلِيَه العبدُ؛ لأنَّ الوَكِيلَ يتصرَّفُ بولايتِه، وولايتُه قد بطلَتْ بالحَجْرِ والعجْزِ في التَّصرُّفاتِ أجْمَعَ، إلَّا في حُقُوقِ عَقْدٍ باشَرَه في حالةِ الإذْنِ، فكذا ولايةُ وَكِيلِه.

وإنْ باعَه بإذْنِ الغُرَمَاءِ، أوْ ماتَ؛ بطَلَتْ ولايةُ وَكِيلِه في جَميعِ ذلِكَ؛ لأنَّه إنَّما يُبْقِي ولايتَه في حُقُوقِ العَقْدِ أنْ لوْ أمْكَنَ إبقاءُ [١٢/٦٦ظ/د] الإذْنِ تقْديرًا، فيُجْعَلُ الحَجْرُ كَلَا حَجْرٍ فيما يتعَلَّقُ حقُّ الغَيرِ بِه، وإنَّما يستقيمُ هكذا في مِلْكِ نفْسِه، لا في مِلْكِ غَيرِه، أوْ في حالةِ الحياةِ، لا في حالةِ المَوْتِ.

[٦/٥٧ظ/م] وليسَ لمَوْلاهُ إذا غابَ العبدُ أنْ يتقاضَى دَيْنَه، ولا يُوَكِّلَ بذلكَ إنْ كانَ عليْه دَيْنٌ أوْ لَمْ يكُنْ؛ لأنَّ حُقُوقَ العَقْدِ تَرْجِعُ إلى العَاقِدِ لا إلى غَيرِه، فإنِ اقتضَى شيئًا معَ هذا أوْ وكِيله[2]؛ فهوَ جائزٌ إنْ لَمْ يكُن على العبدِ دَيْنٌ؛ لأنَّ العبدَ يقْبِضُ لَه، فإذا قبَضَ بنفسِه؛ فقد دفَعَ الواسطةَ فصحَّ، وإنْ كانَ عليْه دَيْنٌ لَمْ يَجُزْ؛ لأنَّ العبدَ لا يقْبِضُ لمَوْلاهُ، وإنَّما يقْبِضُ لغُرَمائِه، وكذلِكَ الوَدِيعَةُ، والمُضَارَبَةُ، والبِضَاعَةُ وما أشْبَهَها.

---

(١) ورد عليه الأكمل: بأن هذا على تقدير صحته يختص بمال الشركة لا غير، على أنه مخالف لعبارة الكاتب. ينظر: «العناية شرح الهداية» [١٧٩/٦]، «البناية شرح الهداية» [٣٠٨/٩].

(٢) أي: وكيل المولى. كذا جاء في حاشية: «تح».

قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الوَكِيلُ، أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا؛ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ أَمْرُهُ بَعْدَ جُنُونِهِ وَمَوْتِهِ.

وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ مُرْتَدًّا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ حَتَّىٰ يَعُودَ مُسْلِمًا.

غاية البيان

قولُه: (قَالَ: وَإِذَا مَاتَ الوَكِيلُ، أَوْ جُنَّ جُنُونًا مُطْبِقًا؛ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ)، أي: قالَ القُدُورِيُّ في «مختصره»[1]، وذلِكَ لأنَّ الوَكِيلَ يتصرَّفُ بأمرِ المَنُوبِ عنهُ، وأمْرُه بَطَلَ بموتِه وجنُونِه، فلا يصحُّ تصرُّفُه.

قولُه: (وَإِنْ لَحِقَ بِدَارِ الحَرْبِ [١٢/٧٠و/د] مُرْتَدًّا؛ لَمْ يَجُزْ لَهُ التَّصَرُّفُ حَتَّىٰ يَعُودَ مُسْلِمًا)، هذا لفظُ القُدُورِيِّ في «مختصره»[2].

اعلَمْ: أنَّ الوَكِيلَ إذا عادَ مُسلمًا تعودُ الوَكَالَةُ عندَ محمَّدٍ، وعندَ أبي يوسُفَ: لا تعودُ الوَكَالَةُ حتَّىٰ يُجَدِّدَها، كما في المُوَكِّلِ إذا عادَ مسْلمًا، حيثُ لا تعُودُ الوَكَالَةُ بالاتِّفاقِ، وهذا هوَ المشهورُ في عَوْدِ المُوَكِّلِ[3]، ورُوِيَ عَن محمَّدٍ في «السِّيَر الكبير[4]»: «أنَّ الوَكَالَةَ تعُودُ»[5].

وَجْهُ تلكَ الرِّوايةِ: أنَّ الوَكَالَةَ بطلَتْ لزوالِ مِلْكِ المُوَكِّلِ، فإذا عادَ مُسلمًا؛ عادَ مِلكُه الأوَّلُ، فوَجَبَ أنْ يعُودَ بحقوقِه، كما قالوا فيمَنْ وَكَّلَ رَجُلًا بِبَيْعِ عَبْدِه، ثمَّ باعَه المُوَكِّلُ؛ انعزَلَ الوَكِيلُ، فإنْ رُدَّ علىٰ المُوَكِّلِ بعَيْبٍ بِقضاءِ قاضٍ؛ عادَتِ الوَكَالَةُ؛ لأنَّ المِلْكَ الأوَّلَ عادَ فعادَ بحقُوقِه.

وَجْهُ قولِ أبي يوسُفَ: إذا قُضِيَ بلَحاقِه فقدْ قُضِيَ بموتِه، والوَكَالَةُ لا تبقَىٰ بعدَ الموْتِ، فبطلَتْ، والبَاطِلُ لا يعودُ، بخِلافِ أمْلاكِه، فإنَّها قائمةٌ بعدَ المَوْتِ، فجازَ أنْ تعودَ، ولأنَّ اللَّحاقَ يَمْنَعُ ابتداءَ الوَكَالَةِ، فإذا [١٢/٧٠ظ/د] طرَأَ عليْها أبطَلَها كالجنُونِ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيّ» [ص/١١٦].

(٢) ينظر: المصدر السابق.

(٣) ينظر: «المبسوط» [١٥/١٩]، «بدائع الصنائع» [٦/٣٩]، «تبيين الحقائق» [٤/٢٨٨].

(٤) وقع بالأصل: «سير الكبير». والمثبت من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

(٥) ينظر: «السِّيَر الكَبِير/ مع شرح السرخسي» لمحمد بن الحسن [٥/١٦٠، ١٦١].

قَالَ ﵀: وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ ﵀، فَأَمَّا عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ ﵀: لَا تَعُودُ الْوِكَالَةُ.

ووَجْهُ قولِ محمَّدٍ: أنَّ عدمَ نفَاذِ تصرُّفِ الوَكِيلِ في دارِ الحرْبِ لا باعتِبارِ أنَّه انعزَلَ، بَل لاعتِبارِ أنَّ الأمرَ لمْ يتناوَلْ تلكَ البُقعةَ، كمَنْ قالَ لغَيرِه: بعْ ثوْبي ببغْدادَ، فأخرَجَه منها؛ لَمْ يَجُزْ بَيْعُه، فإذا عادَ جازَ بَيْعُه، فكذلِكَ ههُنا، ولأنَّ الوَكِيلَ ليسَ بميتٍ حقيقةً، إلَّا أنَّا ألحَقْناهُ بالأمواتِ لانقطاعِ ولايةِ التَّصرُّفِ، وهذا العارِضُ بعَرْضِ الزَّوالِ، فإذا زالَ ظهَرَ حُكْمُ الأصلِ، فشَابَه الجُنُونَ، وليسَ كذلكَ إذا لَحِقَ المُوَكِّلُ بالدارِ ثمَّ عادَ مسْلمًا؛ حيثُ [٦/٥٨و/م] لا تعودُ الوَكَالَةُ على ما هوَ المشْهورُ؛ لأنَّ ذلكَ يُوجِبُ [٢/٣٢١ط] زوالَ أمْلاكِه، والوَكَالَةُ كانَتْ مُتعلِّقةً بِعينِ المالِ، فلَمْ يَجُزْ بَقاؤُها معَ زَوالِ المِلْكِ فيهِ، والوَكِيلُ ليستْ وكالتُه بما يَمْلِكُ.

قالَ شيخُ الإسلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ في «شرْح الكافي» ـ في أول البابِ مِن كتاب «الوَكَالَة» ـ: «ثمَّ قَدَّر مُدَّةَ اللَّحاقِ بأقلَّ مِن سَنَةٍ، قالَ: إنْ بقِيَ أقلَّ مِن سَنَةٍ ثمَّ عادَ؛ تعودُ الوَكَالَةُ؛ لأنَّا بَقَّيْناها [١٢/٧١و/د] على احتمالِ أنْ يعودَ، فأمَّا إذا بقِيَ أكثرُ مِن سَنَةٍ ثمَّ عادَ؛ لا تعودُ الوَكَالَةُ؛ لأنَّ احتِمالَ العَوْدِ قدْ بَطَلَ بالحَوْلِ ظاهرًا وغالبًا، فصارَ كالجنونِ إذا كانَ أقلَّ مِن سَنَةٍ؛ لا تَبْطُلُ الوَكَالَةُ، وإذا استوعَبَ السَّنَةَ تَبْطُلُ». إلىٰ هنا لَفْظُه ﵀ في «شرْح الكافي».

قالَ القُدُوريُّ في كتاب «التقريب»: قالَ محمَّدٌ: ألَا تَرىٰ أنَّ المُوَكِّلَ لَو كانَ قالَ للوَكِيلِ: وكَّلْتُكَ بِبَيْعِ هذا في دارِ الحربِ، فارتدَّ ولَحِقَ؛ جازَ بَيْعُه، فدلَّ أنَّ المنعَ مِن التصرُّفِ ليسَ هوَ لأجْلِ العَزْلِ، ولكنَّ الأمرَ لَمْ يتناوَلْ تلكَ البُقعةَ».

ثمَّ قالَ القُدُوريُّ: «وهذِه مسألةٌ لا نَعرفُها مِن مذهبِ أبي يوسُفَ، فلا مَعنَىٰ لإلزامِه».

قولُه: (وَهَذَا عِنْدَ مُحَمَّدٍ)، أيْ: جوازُ تصرُّفِ الوَكِيلِ إذا عادَ مسْلمًا مذهبُ محمَّدٍ ﵀.

لِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الوَكَالَةَ إطْلَاقٌ؛ لِأَنَّهُ رَفْعُ المَانِعِ، أَمَّا الوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ وَإِنَّمَا عَجَزَ بِعَارِضِ اللَّحَاقِ لِتَبَايُنِ الدَّارَيْنِ، فَإِذَا زَالَ الْعَجْزُ وَالْإِطْلَاقُ بَاقٍ عَادَ وَكِيلًا.

وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إِثْبَاتُ وِلَايَةِ التَّنْفِيذِ، لِأَنَّ وِلَايَةَ أَصْلِ التَّصَرُّفِ بِأَهْلِيَّتِهِ، وَوِلَايَةُ التَّنْفِيذِ بِالْمِلْكِ وَبِاللَّحَاقِ لِحَقٍّ بِالْأَمْوَاتِ، وَبَطَلَتِ الْوِلَايَةُ فَلَا تَعُودُ كَمِلْكِهِ فِي أُمِّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرِ.

وَلَوْ عَادَ الْمُوَكِّلُ مُسْلِمًا وَقَدْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا لَا تَعُودُ الْوَكَالَةُ فِي الظَّاهِرِ.

وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ تَعُودُ كَمَا قَالَ فِي الْوَكِيلِ. وَالْفَرْقُ لَهُ عَلَىٰ الظَّاهِرِ أَنَّ مَبْنَىٰ الْوَكَالَةِ فِي حَقِّ الْمُوَكِّلِ عَلَىٰ الْمِلْكِ وَقَدْ زَالَ، وَفِي حَقِّ الْوَكِيلِ عَلَىٰ مَعْنًىٰ قَائِمٍ بِهِ، وَلَمْ يَزُلْ بِاللَّحَاقِ.

غاية البيان

قولُه: (لِمُحَمَّدٍ: أَنَّ الوَكَالَةَ إطْلَاقٌ؛ لِأَنَّهُ رَفْعُ المَانِعِ، أَمَّا الوَكِيلُ يَتَصَرَّفُ بِمَعَانٍ قَائِمَةٍ بِهِ)... إلىٰ آخرِه. معْناهُ: ما قالَ رُكْنُ الإسْلامِ أبو الفضلِ الكَرْمَانِيُّ في «إشارات الأسرار» بقولِه: لأنَّ الوَكَالَةَ إطْلاقُ التصرُّفِ [١٢/٧١ظ/د]، فإنَّه يتصرَّفُ بحُكْمِ أهليَّتِه، لكنَّه مُنِعَ مِن التصرُّفِ لحقِّ الغيرِ، فإذا وَكَّلَه فقدْ فتحَ عليْه بابَ التنفيذِ، وقدْ عجزَ عنِ التَّنفيذِ بسببِ اللَّحَاقِ بدارِ الحرْبِ، فإذا عادَ مسلمًا يَمْلِكُ؛ لأنَّ البابَ الَّذي انفتَحَ عليْه لَمْ ينْسَدَّ، ولكنَّه عجزَ، وقدِ ارتفَعَ العجزُ، وهذا بخِلافِ المُوَكِّلِ؛ لأنَّ الأهليَّةَ قدْ بطَلَتْ، فتَبْطُلُ الوَكَالَةُ كما لو جُنَّ.

قولُه: (وَلِأَبِي يُوسُفَ: أَنَّهُ إِثْبَاتُ وِلَايَةِ التَّنْفِيذِ).

قالَ في «الإشارات»: «وأبو يوسُف يَقولُ بأنَّ التَّوْكِيلَ تمليكٌ، فإنَّه مِن قبْلُ لَمْ يَمْلِكِ التَّنفيذَ، وإنَّما ملَكَ بالوَكَالَةِ، ودلالةُ كونِه تمليكًا للتَّنفيذِ: أنَّ هذا المعْنىٰ يعتمدُ المِلْكَ بالاتِّفاقِ، فلا يصحُّ مِن غيرِ المالكِ.

قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ آخرَ بِشَيْءٍ، ثُمَّ تَصرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ؛ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ وَهَذَا اللَّفْظُ يَنْتَظِمُ وُجُوهًا: مِثْلَ أَنْ يُوَكِّلَهُ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ الْمُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ، أَوْ يُوَكِّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ، أَوْ شِرَاءِ شَيْءٍ فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ،

فإذا ثبتَ أنَّه تمليكٌ نقولُ: أملاكُه تَبطُلُ بِاللَّحاقِ، ولا تَعودُ إلَّا فيما يحتملُ العَوْدَ، وهوَ ما يَثبُتُ للورثةِ، وهذا لا يحتملُ العَوْدَ، فسَقَطَ، بخِلافِ الجُنُونِ، فإنَّه لا يُبْطِلُ الأملاكَ، ولكنَّه يعجزُ عنِ التَّصرُّفِ». إلى هُنا لفظُ «الإشارات».

قولُه [١٢/٧٢و/د]: (قَالَ: وَمَنْ وَكَّلَ آخرَ بِشَيْءٍ، ثُمَّ تَصرَّفَ بِنَفْسِهِ فِيمَا وَكَّلَ بِهِ؛ بَطَلَتِ الوَكَالَةُ)، أي: قال القُدُورِيُّ في «مختصره»[(١)].

قالَ صاحبُ «الهداية»: (وَهَذَا اللَّفْظُ يَنْتَظِمُ وُجُوهًا: مِثْلَ أَنْ يُوَكِّلَ بِإِعْتَاقِ عَبْدِهِ أَوْ بِكِتَابَتِهِ، فَأَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ الْمُوَكِّلُ بِنَفْسِهِ، أَوْ يُوَكِّلَهُ بِتَزْوِيجِ امْرَأَةٍ، أَوْ شِرَاءِ شَيْءٍ، فَفَعَلَهُ بِنَفْسِهِ، أَوْ يُوَكِّلَهُ بِطَلَاقٍ، فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا، أَوْ بِالخُلْعِ، فَخَالَعَهَا بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَصرَّفَ [٦/٥٨ظ/م] بِنَفْسِهِ؛ تَعَذَّرَ عَلَى الوَكِيلِ التَّصرُّفُ، فَبَطَلَتِ الوَكَالَةُ).

وأرادَ بقولِه: (شِرَاءِ شَيْءٍ): شِرَاءَ شيءٍ بعَيْنِه، حيثُ تكونُ مُباشرتُه بنفسِه عزْلًا للوَكِيلِ، وإنَّما قَيَّدَ بقولِه: (وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا)؛ لأنَّه إذا طلَّقَها بنفسِه واحدةً؛ ولَمْ تنقَضِ عدَّتُها، كانَ للوَكِيلِ أنْ يطلِّقَها ما دامَ في العدَّةِ، بخِلافِ ما إذا طَلَّقَها بنفسِه ثلاثًا، حيثُ لا يكونُ لِلوكيلِ أنْ يُطَلِّقَها بعْدَ ذلكَ، لا في العِدَّةِ ولا بعْدَها.

قالَ في «شرح الطَّحَاوِيِّ»: «والعَزْلُ الحُكْمِيُّ لا يحتاجُ إلى معرفةِ [٢/٣٢٢و] الوَكِيلِ، وينعَزِلُ سواءً [١٢/٧٢ظ/د] عَلِمَ الوَكِيلُ أوْ لَمْ يعْلَمْ، نحوُ: أن يموتَ المُوَكِّلُ، أوْ يُوَكِّلَ وَكِيلًا بِبَيْعِ عبْدِه، ثمَّ إنَّ المُوَكِّلَ أخرجَ العبدَ مِن مِلْكِه قبلَ أنْ يَبيعَ الوَكِيلُ، أوْ دبَّرَه، أوْ كاتَبَه، أوْ رهَنَه لرَجُلٍ؛ انعزَلَ الوَكِيلُ، عَلِمَ الوَكِيلُ بِه أوْ لَمْ يعلَمْ.

---

(١) ينظر: «مختصر القُدُورِيِّ» [ص/١١٦].

أَوْ يُوَكِّلُ بِطَلَاقِ امْرَأَتِهِ فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ثَلَاثًا أَوْ وَاحِدَةً وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا أَوْ بِالْخُلْعِ فَخَالَعَهَا بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا تَصَرَّفَ بِنَفْسِهِ تَعَذَّرَ عَلَى الْوَكِيلِ التَّصَرُّفُ فَبَطَلَتِ

غاية البيان

وكذلِكَ إذا وَكَّلَ رَجُلًا بأنْ يخْلَعَ امرأتَه، ثمَّ طَلَّقَها الزَّوجُ طلاقًا بائنًا؛ انعزلَ الوَكِيلُ، ولوْ أنَّ العبدَ عادَ إلى مِلْكِ المُوَكِّلِ، يُنْظَرُ: إنْ عادَ إلى مِلْكِه فسْخًا؛ عادتِ الوَكَالَةُ، وإنْ عادَ بحُكْمِ مِلْكٍ جديدٍ؛ لَمْ تَعُدِ الوَكَالَةُ»(١). إلى هُنا لَفْظُ الإمامِ الأَسْبِيجَابيِّ في «شرح الطَّحَاوِيِّ».

وقالَ محمَّدٌ في «الأصل»: «وإذا وَكَّلَ الرَّجُلُ رَجُلًا بِبَيْعِ عبدٍ لَه، ثمَّ إنَّ المُوَكِّلَ باعَ العبدَ، أوْ دَبَّرَه، أوْ كاتَبَه، أوْ وَهَبَه، أوْ تصَدَّقَ بِه، أوْ رَهَنَه وقَبَضَ مِنهُ، أوْ آجَرَه، أوْ كانتْ أَمَةً فَوَطِئَها، فولدَتْ، أوْ لَمْ تَلِدْ؛ فإنَّ ذلِكَ كلّه نقْضٌ للوَكَالَةِ، ما خلا الوطءَ إذا لَمْ تَلِدْ، وما خلا الإجَارَةَ والرَّهْنَ، وكذلِكَ الخدمةُ ليسَ بنقْضٍ للوَكَالَةِ»(٢).

قالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابيُّ [١٢/٧٣و/د] في «**شرح الكافي**» لِلحاكمِ الشَّهيدِ: «ولوْ باعَها الآمِرُ أوِ الوَكِيلُ، ثمَّ رُدَّتْ بعَيْبٍ بقضاءِ قاضٍ؛ فلِلوكيلِ أن يَبِيعَها؛ لأنَّه عادَ قديمَ المِلْكِ فيها، فعادَتِ الوَكَالَةُ، وإنْ قَبِلَها المَوْلَى بغَيرِ قَضاءِ قاضٍ بعيْبٍ، أوْ بغَيرِ عَيْبٍ بعدَ القَبْضِ؛ لَمْ يكُن للوَكِيلِ أنْ يَبِيعَها؛ لأنَّ الرَّدَّ هُنا في حُكْمِ عَقْدٍ جديدٍ، فكانَ العائدَ إليهِ مِلْكٌ آخرُ، فلا تعودُ الوَكَالَةُ.

وإنْ كانَ الرَّدُّ بخيارِ شرْطٍ؛ كانَ لِلبَائِعِ، أوْ لِلمُشْتَرِي، أوْ بفسادِ البَيْعِ، أوْ بخيارِ رُؤْيَةٍ؛ فالوَكِيلُ على وكالتِه؛ لأنَّ الرَّدَّ ههُنا فَسْخٌ للعَقْدِ مِن الأصلِ، وإنْ رجعَتِ الأَمَةُ إلى الآمِرِ بِميراثٍ، أوْ غيرِه بمِلْكٍ جديدٍ؛ لَمْ يكُنْ لِلوَكِيلِ أنْ يَبِيعَها؛ لأنَّ الوَكَالَةَ قدِ انتهَتْ، حيثُ تقرَّرَ مُوجبُ تصرُّفِه [٦/٥٩و/م]، فَلا يعودُ وَكِيلًا إلَّا بتوكيلٍ جديدٍ، ولوْ وَكَّلَه ببيعِ عبدِه، ثمّ أَذِنَ لَه في التِّجَارَةِ، أوْ جُنِيَ عليهِ جنايةٌ؛

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» للأَسْبِيجَابيّ [ق/٢٦٢].

(٢) ينظر: «الأصل/ المعروف بالمبسوط» [١١/٢٧٧/ طبعة: وزارة الأوقاف القطرية].

الْوِكَالَةُ، حَتَّىٰ لَوْ تَزَوَّجَهَا بِنَفْسِهِ وَأَبَانَهَا لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُزَوِّجَهَا مِنْهُ؛ لِأَنَّ الْحَاجَةَ قَدِ انْقَضَتْ، بِخِلَافِ مَا إِذَا تَزَوَّجَهَا الْوَكِيلُ وَأَبَانَهَا؛ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَ الْمُوَكِّلَ

غاية البيان

كانَ الوَكِيلُ علىٰ وكالتِه؛ لأنَّ محلَّ التَّصَرُّفِ قائمٌ».

ثمَّ اعلَمْ: أنَّ الخلافَ لَمْ يُذْكرْ في «الأصل» [١٢/٧٣ظ/د]، ولا في «الكافي»، ولا في «شرْحه» فيما إذا رُدَّ العبدُ بعَيْبٍ بقضاءٍ، حيثُ كانَ لِلوَكِيلِ أنْ يَبيعَه، ولكِن ذكرَ القُدُورِيُّ في «شرْحه» خلافًا بينَ أبي يوسُفَ ومحمَّدٍ فَقالَ: «قالَ أبو يوسُفَ: ليسَ لِلوَكِيلِ أنْ يَبيعَه، وقالَ محمَّدٌ: لَه أنْ يَبِيعَه».

وَجْهُ ما رُوِيَ عَن أبي يوسُفَ: أنَّ المُوَكِّلَ لَمَّا تصرَّفَ فيهِ بنفسِه صارَ ذلِكَ عزْلًا للوَكِيلِ، فَلا تعودُ الوَكَالَةُ إلَّا بِالوكالةِ مُسْتقبلةً.

ووَجْهُ قولِ مُحمَّدٍ: أنَّ الوَكَالَةَ باقيةٌ؛ لأنَّها إطلاقٌ، إلَّا أنَّه عجزَ عنِ التَّصَرُّفِ بخُروجِ العبْدِ عَن المِلْكِ، فإذا عادَ عَلىٰ حُكْمِ المِلْكِ الأوَّلِ زالَ العجزُ، فعادتِ الوَكَالَةُ، وليسَ هذا كالتَّوكيلِ بِالهبةِ إذا وهبَه بنَفْسِه، ثمَّ رَجَعَ، حيثُ لا يَكونُ للوَكِيلِ أنْ يهبَ؛ لأنَّ رُجوعَ الواهبِ بِاختِيارِه دليلٌ علىٰ عدَمِ حاجتِه إلىٰ هِبَةِ الوَكِيلِ، فكانَ ذلِكَ عزْلًا لَه دلالةً.

وقالَ شيخُ الإسْلامِ الأَسْبِيجَابيُّ - في بابِ الوَكَالَةِ في النِّكاحِ مِن «شرح الكافي» -: «ولوْ وَكَّلَه أنْ يُزَوِّجَه امرأةً بعَيْنِها، فإذا لها زوْجٌ، فماتَ عنْها، أوْ طلَّقَها وانقضَتِ العِدَّةُ، ثمَّ زَوَّجَها إيَّاهُ الوَكِيلُ جازَ؛ لأنَّه أمَرَه بِإنكاحِها إيَّاهُ، وهُو مُتصَوَّرٌ بواسطةِ [١٢/٧٤و/د] الموتِ وانقضاءِ العِدَّةِ، فانصرفَ التَّوْكِيلُ إليْهِ، وصارَ كأنَّه نصَّ علىٰ إضافةِ التَّوْكِيلِ إلىٰ تِلكَ الحالةِ.

والوكالاتُ ممَّا تقْبلُ التعليقَ [٢/٣٢٢ظ] والإضافةَ إلىٰ زمانٍ في المستقبلِ، ولوْ تزوَّجَها المُوَكِّلُ ثمَّ أبانَها؛ لَمْ يكُن لِلوَكِيلِ أنْ يُزَوِّجَها إيَّاهُ؛ لأنَّه حَصَلَ مقصودُه بِالتَّوكيلِ والأمْرِ، فانتهىٰ الأمرُ ضَرُورةً؛ لأنَّه لَمَّا فعلَه بنفسِه؛ فقدْ أعجزَه عَن

لِبَقَاءِ الْحَاجَةِ، وَكَذَا لَوْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ عَبْدِهِ فَبَاعَهُ بِنَفْسِهِ، فَلَوْ رُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاءِ قَاضٍ؛ فَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ لَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَىٰ؛ لِأَنَّ بَيْعَهُ بِنَفْسِهِ مَنْعٌ لَهُ مِنَ التَّصَرُّفِ فَصَارَ كَالْعَزْلِ.

غاية البيان

التَّحصيلِ، فصارَ ذلِكَ بمنزلةِ العَزْلِ.

ولوْ تزوَّجَها الوَكِيلُ ودخَلَ بِها، ثمَّ أبانَها وانقضَتْ عدَّتُها، ثمَّ زوَّجَها إيَّاهُ جازَ؛ لأنَّه لَمْ يحْصُلْ مَقْصُودُ الآمِرِ بعْدُ، وقدْ بقِيَ بعدَ هذا العارِضِ مُتصوَّرَ الوجودِ، فبَقِيَ الأمرُ.

ولوِ ارتدَّتْ فلَحِقَتْ بدارِ الحربِ، ثمَّ سُبِيَتْ وأسلمَتْ، فزَوَّجَها إيَّاهُ الوَكِيلُ؛ جازَ في قياسِ قولِ أَبِي حَنِيفَةَ، ولَمْ يَجُزْ في قولِ أَبِي يوسُفَ ومحمَّدٍ؛ لأنَّها صارَتْ أَمَةً، ونِكاحُ الأَمَةِ ليسَ بمعْهودٍ، وغيرُ المعْهودِ خارِجٌ عَن مُرادِ المتكلِّمِ عندَهُما، ولوْ لَمْ يكُنْ كذلِكَ، ولكِنَّ المُوَكِّلَ تزوَّجَ [١٢/٧٤ظ/د] أُمَّها أوْ ذاتَ رَحِمٍ مَحْرَمٍ [٦/٥٩ظ/م] منها، أوْ أرْبعًا سِواها، فقدْ أخْرجَه عنِ الوَكَالَةِ؛ لأنَّه فعَلَ فعْلًا يُعْجِزُ عَن تَحصيلِ ما أمَرَ بِه، فصارَ عزْلًا دلالةً، وإنْ لَمْ يتزَوَّجْ ولكنَّه قالَ: إنْ تزَوَّجها فهِيَ طالقٌ، فليْسَ بإخراجٍ له مِنَ الوَكَالَةِ».

وقالَ شيخُ الإسْلامِ علاءُ الدِّينِ الأَسْبِيجَابِيُّ في «شرح الكافي» ـ في باب تَوْكِيل الزوجِ بالطَّلاقِ أوِ الخُلْعِ ـ: «ولوْ وَكَّله أنْ يُطلِّقَها، ثمَّ طلَّقَها الزَّوجُ، فإنَّ طلاقَ الوَكِيلِ يقَعُ عليْها ما دامَتْ في العِدَّةِ؛ لأنَّ مَحلِّيَّةَ الطَّلَاقِ لَمْ تنعَدِمْ بِتَطْليقِ الزَّوجِ، وكذلِكَ لَوْ خالَعَها الزَّوْجُ، فإنْ لَمْ يُطلِّقْها الوَكِيلُ حتَّىٰ انقضَتِ العِدَّةُ فتزَوَّجَها، فطلَّقَها الوَكِيلُ؛ لَمْ يقَعْ؛ لأنَّه وَكِيلٌ في المِلْكِ الأوَّلِ، وهذا غيرُ المِلْكِ الأوَّلِ.

ولو ارتَدَّتْ أوِ ارتدَّ الزوجُ؛ فإنَّ طلاقَ الوَكِيلِ يقَعُ عليْها في العِدَّةِ؛ لأنَّ محلِّيَّةَ الطَّلَاقِ تبْقَىٰ ما بقِيَتِ العِدَّةُ.

وَقَالَ مُحَمَّدٌ ﷺ: لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ مَرَّةً أُخْرَىٰ فَإِنَّ الْوَكَالَةَ [٦٧/ط] بَاقِيَةٌ؛ لِأَنَّهُ إِطْلَاقٌ، وَالْعَجْزُ قَدْ زَالَ، بِخِلَافِ مَا إِذَا وَكَّلَهُ بِالْهِبَةِ فَوَهَبَ بِنَفْسِهِ ثُمَّ رَجَعَ لَمْ يَكُنْ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَهَبَ؛ لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ فِي الرُّجُوعِ فَكَانَ ذَلِكَ دَلِيلَ عَدَمِ الْحَاجَةِ.

أَمَّا الرَّدُّ بِقَضَاءٍ بِغَيْرِ اخْتِيَارِهِ، فَلَمْ يَكُنْ دَلِيلَ زَوَالِ الْحَاجَةِ، فَإِذَا عَادَ إِلَيْهِ قَدِيمُ مِلْكِهِ كَانَ لَهُ أَنْ يَبِيعَهُ، وَاللهُ أَعْلَمُ.

غاية البيان

وقدْ رُوِيَ عَن أبي حَنِيفَةَ: أنَّ المُرْتَدَّةَ وإنْ كانتْ معتدَّةً؛ لا يقعُ طلاقُ الزَّوجِ عليْها؛ لأنَّ النِّكاحَ قدِ ارتفَعَ فيما بينَهُما بطريقِ الفَسْخِ، فصارَ [١٢/٧٥و/د] كارتفاعِه بسائرِ وجوهِ الفَسْخِ، فعلىٰ قياسِ تِلكَ الرِّوايةِ: يَنبَغي أنْ تَبطُلَ الوَكَالَةُ.

وإنْ لَحِقَ الزَّوجُ بدارِ الحربِ مُرْتَدًّا، ثمَّ طلَّقَ الوَكِيلُ وهيَ في العِدَّةِ؛ لَمْ يقَعْ طلاقُه عليْها، وكذلِكَ إنْ عادَ مُسلمًا فزَوَّجَها؛ لأنَّه صارَ بِمنزلةِ الميتِ، فانعزلَ وكيلُه ضَرُورةً، ولأنَّه يَسْقُطُ حُكْمُ العِدَّةِ الَّتي وجَبَتْ حقًّا للأزْواجِ؛ لأنَّ الطَّلَاقَ مَشْرُوعٌ لرَفْعِ قيدٍ ثبَتَ حقًّا للأزْواجِ، وقدْ بَطَلَ ذلِكَ.

وكذلِكَ إذا ارتَدَّتِ المرأةُ؛ لأنَّ عِدَّتَها سقطَتْ بلَحاقِها بدارِ الحرْبِ، ولَمْ يَبْقَ محلًّا للطَّلاقِ، وكذلِكَ إنْ عادَ مُسلمًا أوْ مُسلمةً فزَوَّجَها؛ لأنَّ هذا مِلْكٌ جديدٌ غيرُ المِلْكِ الأوَّلِ». إلىٰ هُنا لفْظُ شيخِ الإسْلامِ علاءِ الدِّينِ الأسْبِيجَابيِّ.

قولُه: (لِأَنَّهُ مُخْتَارٌ)، أيْ: لأنَّ الواهبَ مُختارٌ في الرُّجُوعِ بالهبةِ.

قولُه: (فَكَانَ دَلِيلَ عَدَمِ الحَاجَةِ)، أيْ: كانَ رجوعُ الواهبِ مُختارًا دليلًا علىٰ عدَمِ حاجتِه إلىٰ هِبَةِ وكيلِه، فكانَ عزْلًا عنِ الوَكَالَةِ دلالةً.

واللهُ ﷻ أعلَمُ [بالصَّوابِ][1].

(١) ما بين المعقوفتين: زيادة من: «ن»، و«م»، و«تح»، و«غ»، و«ض».

فهرس الموضوعات